

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE CAEN

De la lutte entre l'agnation et la cognation à propos du Senatus-Consulte Tertullien

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Soutenue publiquement
dans la Salle des Actes de la Faculté de Droit
le 26 Janvier 1934*

PAR

Geneviève GOUTELLE

Lauréate de la Faculté de Droit de Caen

JURY

Président : M. BRIDREY, *professeur.*

Suffragants

M. YVER, *professeur.*

M. BESNIER, *agrégé.*



PARIS

LES EDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON ET C^{ie}
160, Rue Saint-Jacques

1933

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner ni approbation, ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

De la lutte entre l'agnation et la cognation à propos du Senatus-Consulte Tertullien

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Soutenue publiquement
dans la Salle des Actes de la Faculté de Droit
le 26 Janvier 1934*

PAR

Geneviève GOUTELLE

Lauréate de la Faculté de Droit de Caen

JURY { *Président : M. BRIDREY, professeur.*
Suffragants { *M. YVER, professeur.*
M. BESNIER, agrégé.



PARIS

LES EDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON ET C^{ie}
160, Rue Saint-Jacques

1933

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE CAEN
Année scolaire 1933-1934

Doyen:

M. Henry NÉZARD, *, I ✂.

Doyen honoraire:

M. Eustache PILON, *, I ✂.

Assesseur du doyen:

M. GOMBEAUX, I ✂.

Professeurs honoraires:

MM. CABOUAT, O *, I ✂.

DEGOIS, I ✂.

Professeurs:

MM.

NÉZARD, *, I ✂, Professeur de Droit administratif, chargé du cours de Législation minière.

GOMBEAUX, I ✂, Professeur de Droit civil, chargé du cours de Droit international privé.

BRIDREY, I ✂, Professeur de Droit romain, chargé du cours d'Histoire du Droit public.

LEPARGNEUR, I ✂, Professeur de Droit commercial, chargé du cours de Droit maritime et du cours de Notariat et Enregistrement.

NOYELLE, I ✂, Professeur d'Economie politique.

LEMONNIER, A ✂, Professeur de Droit civil, chargé du cours de Législation industrielle.

PERREAU, A ✂, Professeur de Droit criminel, chargé du cours de Droit civil approfondi et comparé.

LAMPUÉ, Professeur de Droit international public et de Droit constitutionnel, chargé du cours de Droit administratif.

YVER, Professeur d'Histoire du Droit français et d'Histoire du Droit privé.

PRUD'HOMME, Professeur de Procédure civile et de Voies d'exécution.

LEDUC, Agrégé, chargé d'un cours d'Economie politique, du cours d'Histoire des Doctrines économiques et du cours de Législation financière.

BESNIER, Agrégé, chargé d'un cours de Droit romain et du cours d'Histoire de la Coutume de Normandie.

Secrétaire:

M. ROUX, I ✂, 8, 1, Secrétaire des Facultés de l'Université de Caen.



INDEX DES OUVRAGES CONSULTÉS

I. — SOURCES

1° Juridiques

Corpus juris civilis, ed. stereotypa: 1) *Institutiones* (Just. Inst.), recognovit P. Krueger;

2) *Digesta*, recognovit Th. Mommsen, (= Dig.);

3) *Codex repetitae praelectionis*, recognovit P. Krueger, (= C);

4) *Novellae*, recognovit R. Schoell, absolvit G. Kroll (= Nov.).

Theodosiani libri, Th. Mommsen et Paul Meyer, 1905 ;
Codex Theodosianus, (= C. Th.).

Nov. Theod.

» *Valent.*

» *Mart.*

» *Major.*

» *Anthem.*

Breviarium Alaricianum, ed. Haenel.

BRUNS (C. G.): *Fontes juris romani antiqui*, ed. par Th Mommsen et O. Gradenwitz, 1909 (=Bruns, Fontes).

GIRARD (P. F.): *Textes de droit romain*, ed. 1923 (=Girard, Textes).

LENEL (Otto): *Palingenesia juris civilis* (=Lenel, Pal.).

2° Littéraires

Aurelius Victor: *De Caesaribus*.

Chrysostome (Saint Jean): *Oeuvres traduites pour la pre-*

mière fois en français sous la direction de M. Jean-
nin, Nancy et Bar-le-Duc, 1867.

Cicéron: Pro Cluentio.

Pro Murena.

Topiques.

Spartien : De vita Hadriani.

Suetone: Vita divi Claudii.

Tacite: Annales.

Tite-Live : Annales.

Zonaras, Annales.

II. — DOCTRINE

APPLETON: Des interpolations dans les Pandectes et des
méthodes propres à les découvrir, 1895.

ACCARIAS: *Précis de droit romain*, ed. 1882, 2 vol.

BEAUCHET (L): *Histoire du droit privé de la république
athénienne*, 1897.

BECK (A): *Romisches recht bei Tertullian und Cyprian*.

BONFANTE: *Histoire du droit romain*, trad. française Sirey,
1928. Corso di diritto romano, vol. VI, Le succe-
zioni, Parte generale.

BOULARD (L): *L. Salvius Julianus*, thèse Paris, 1902.

BRESSON (F): *Des senatus-consultes Tertullien et Orphitien*,
thèse Paris, 1888.

BUHL (H.). *Salvius Julianus*, 1886.

CAGNAT: *Manuel d'épigraphie latine*.

CAILLEMER: *Le droit de succession légitime à Athènes*,
Paris et Caen, 1878.

CHAMPAGNY (de): *Les Antonins*.

CHAUVIN (J): *Des professions accessibles aux femmes en
droit romain et français*, thèse Paris, 1892.

COLLINET (F): *Etudes historiques sur le droit de Justinien*:
Le caractère oriental de l'œuvre législative de Justi-

nien et les destinées des institutions classiques en occident, 1912.

COSTA (E): *Corso di storia del diritto romano dalle origini alle compilazioni giustinianee*, 1925.

Storia delle fonti del diritto romano.

CUQ: *Manuel des institutions juridiques des Romains*.

DAREMBERG et SAGLIO: *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*.

DARESTE (R): *La science du droit en Grèce*, 1893.

DEMANGEAT: *Cours élémentaire de droit romain*.

DIEHL: *Justinien et la civilisation byzantine au VI^e siècle*, 1901.

FADDA (C): *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, 1900.

FERRINI (C): *Manuale di Pandette*, 1900.

GIDE: *Etude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne*, Paris 1885.

GIRARD (P. F.): *Manuel élémentaire de droit romain*, ed. 1929.

GLASSON: *Etude sur Gaius et sur quelques difficultés relatives aux sources du droit romain*, Paris, 1885.

GLUCK: *Ansprüchliche Erläuterung der pandecten nach Hellfeld*.

GOYAU (G): *Chronologie de l'empire romain*, 1891.

GUARNERI CITATI (A): *Indice delle parole frasi e costrutti ritenuti indizio di interpolazione nei testi giuridici romani*, Milano, 1927.

GUILLAUD (E): *Des rapports de succession entre la mère et l'enfant et spécialement des s. c. Tertullien et Orphitien*, thèse Paris, 1888.

IHERING (R. von): *Histoire du développement du droit ro-*

- main (œuvre posthume) traduite par O. de Meulanaere, 1900.
- JANNET (Cl.): *Les institutions sociales et le droit civil à Sparte*, 1880.
- Journal des Savants.*
- KLEBS, DESSAU et de RHODEN: *Prosopographia imperii romani*.
- KRUEGER (P): *Histoire des sources du droit romain*, trad. Brissaud.
- LACOUR-GAYET (G): *Antonin le Pieux et son temps*, 1888.
- MACHELARD : *Dissertation sur l'accroissement entre les héritiers testamentaires et les colégataires aux diverses époques du droit romain*, 1860.
- MAY: *Eléments de droit romain*, 1889.
- MITTEIS: *Reichsrecht und Volksrecht in den ostlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, Leipzig, 1891.
- MORET (A): *Le Nil et la civilisation égyptienne* (Collection: L'évolution de l'humanité).
- MUIRHEAD: *Introduction historique au droit privé de Rome. Nouvelle revue historique de droit français et étranger.*
- PAULY-WISSOVA: *Real Encyclopédie.*
- PIRENNE (J): *Histoire des institutions et du droit privé de l'ancienne Egypte*, 1932.
- RENAN (E): *Histoire des origines du christianisme.*
- REVILLOUT (Eug.): *Les origines égyptiennes du droit civil romain.*
- *Précis de droit égyptien.*
 - *Cours de droit égyptien.*
 - *Revue égyptologique.*
- Revue de législation.*
- RICCOBONO: *L'influence du christianisme dans la codification de Justinien.*

RIVES (P): *Etudes sur les innovations introduites dans la législation romaine par Antonin-le-Pieux*, thèse, 1885.

WINDSCHEID: *Lehrbach des Pandektenrechts*.
Zeitschrift für Rechtsgeschichte.

INTRODUCTION

En parcourant l'histoire de l'évolution du droit successoral chez les Romains, nous apercevons, au deuxième siècle de l'ère chrétienne un certain sénatus-consulte Tertullien qui donne à la mère le droit de recueillir, sous certaines conditions, l'héritage *ab intestat* de ses enfants.

Au premier abord, l'apparition si tardive de ce droit peut nous étonner. Comment se fait-il que, pendant huit siècles de l'histoire de Rome, la mère n'ait pas été appelée à la succession de sa progéniture ?

Cette omission s'explique par l'organisation de la famille romaine : Celle-ci se groupe sous l'autorité du *paterfamilias* et a son fondement dans l'agnation. Sont agnats, c'est-à-dire parents au point de vue du droit, les parents *per masculos* (1) et ceux qui, n'étant pas unis par le sang, entrent dans la famille par l'union avec *manus* ou par l'adoption. Au contraire, sont exclus de l'agnation, les parents par les femmes, car celles-ci, par leur mariage, sont incorporées dans une famille étrangère, rompant ainsi tout lien d'agnation avec leur famille d'origine.

Donc, par le mariage *cum manu* la femme acquiert dans la famille de son mari, le rang de fille. Elle devient donc *loco sororis* des enfants de celui-ci, qu'ils aient été mis au monde par elle-même ou par une épouse précédente (2).

(1) Collatio, 16-2-10.

(2) Collatio, 16-2-14; Gaius, 3, 14.

Et, s'ils meurent, elle recevra une part de sœur dans leur héritage. La mère n'est donc exclue de la succession des enfants de son mari que si elle lui est unie par un mariage *sine manu*. Mais ce genre d'unions devait être inconnu des anciens Romains. En effet, comme le fait remarquer Girard (3), les idées de mariage et de *manus* « devaient se confondre à l'origine ; car dans la famille « basée sur la puissance, la femme ne pouvait être liée au « mari et surtout les enfants nés d'elle ne pouvaient être liés « au père que par la *manus* qui donnait au mari sur la « femme une puissance première, germe de sa puissance « seconde sur les enfants ». D'ailleurs, certains textes semblent confirmer cette hypothèse : la définition de Modestin : « *Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio* », qui est fausse du temps de ce jurisconsulte, car elle ne peut s'appliquer au mariage *sine manu*, doit être la reproduction d'une ancienne formule rigoureusement exacte du temps où elle caractérisait le seul mariage existant alors : le mariage *cum manu*. De même, du temps de Cicéron, seule la femme *in manu* était appelée *materfamilias* (4), ce qui semble un souvenir de l'époque où cette expression désignait toutes les épouses car elles étaient toutes mariées *cum manu*. Enfin, les descriptions légendaires nous présentent toujours des mariages entraînant la *manus*, avec la communauté des biens et du culte.

Donc, tant que les époux ne furent unis que par un mariage *cum manu*, un texte législatif, formulant expressément l'aptitude successorale de la mère, était inutile.

(3) P. F. Girard, *Manuel de Droit romain*, 1929, p. 162 et suiv.

(4) Cicero, *Top.*, 3-14.

D'ailleurs, il faut remarquer que la succession des enfants ne présentait pas alors l'importance que nous lui accordons aujourd'hui. Car les *filüfamilias* n'avaient pas de patrimoine. En étudiant les personnes sur les biens desquelles le sénatus-consulte Tertullien confère à la mère un droit de succession, nous verrons que celle-ci succède seulement à ses fils ou filles *sui juris*, car tant que ses enfants sont sous la puissance du père, ils n'ont pas de biens propres, ce qu'ils ont pu acquérir devant retourner, à leur mort, à leur *paterfamilias*, *jure peculii*.

Et dans le cas où l'enfant se trouve à la tête d'un patrimoine par la mort de son *paterfamilias*, la mère ne peut prétendre à son héritage que s'il n'a pas lui-même d'héritiers siens, c'est-à-dire de femme *in manu*, d'enfants légitimes ou adoptifs ou de descendants de ceux-ci. Car la mère n'ayant, dans l'ordre des successibles, que le rang de sœur, fait partie de la catégorie des agnats, qui ne vient à la succession qu'après les héritiers qui viennent d'être énumérés.

Un enfant peut aussi devenir *sui juris* du vivant de son *paterfamilias* par l'émancipation. Dans ce cas, c'est un étranger pour sa famille, et sa mère, comme son père et tous ses agnats, n'a plus rien à prétendre dans sa succession. Mais à l'origine, l'émancipation était très rare (5), car elle avait le caractère d'une peine. Alors que la famille était la base de l'organisation sociale, celui qui s'en trouvait exclu était sans protection en face de groupements

(5) Le premier texte qui mentionne une émancipation est le passage de Tive-Live, (7-16, sur l'an 397), où l'auteur rapporte que Licinius Stolo émancipa son fils pour éluder sa propre loi agraire.

puissants, et se voyait vraiment appliquer la malédiction de l'Ecclésiaste : « *Vae soli !* ».

Donc, par le fait de l'inexistence du mariage *sine manu*, de l'absence de biens propres aux *alieni juris*, et de la rareté de l'émancipation, la privation de vocation héréditaire proprement dite ne présentait pour la mère que des inconvénients restreints.

Certains auteurs italiens, comme Bonfante, Giorgio, la Pira, voient dans le droit romain originaire une autre raison de cette omission de la mère sur la liste des successeurs. Pour eux, dans le très ancien droit, la femme ne pouvait jamais être héritière. Car, pour Bonfante « les « mots *successio*, *succedere* indiquent seulement qu'on « succède à quelqu'un dans une charge ou dans une « *potestas*, mais jamais qu'on acquiert un droit ». (6) Cette charge, c'est celle de continuer les *sacra* du défunt et ses devoirs d'hospitalité et d'*amicitia*, cette puissance, c'est la *patria potestas*, deux ministères qu'une femme ne peut exercer. Pour Bonfante, *l'heres* est un souverain, et la souveraineté n'appartient qu'aux hommes (7). Si la loi des douze tables n'a pas pris la peine de le dire textuellement, c'est que cette idée paraissait évidente aux vieux Romains. Bonfante compare ce silence à celui des anciennes lois électorales, où l'on ne jugeait pas utile de formuler la privation pour les femmes de l'électorat et de l'éligibilité. D'ailleurs, il se fonde sur les mots même de la loi des douze tables qui parle d'*heres suus*, et d'*agnatus*, au masculin. Mais ces arguments ne semblent pas probants :

(6) Bonfante, *Histoire du droit romain*, traduction française Sirey, 1928, p. 187.

(7) Corso di diritto romano, Vol. VI, Le successioni, parte generale.

d'abord ce masculin peut fort bien être employé d'une manière générale pour désigner les deux sexes. Les Romains comme nous, faisaient de ce procédé de rhétorique, un usage courant. Et ceci pourrait être démontré par ce fait que *l'agnatus proximus*, expression masculine s'applique aussi à la sœur consanguine. D'après le professeur italien, l'admission des femmes à la succession ne se serait produite qu'après les douze tables, par une interprétation plus large de ce texte. Et ce serait au moment de la mesure restrictive, prise *ratione Voconiana*, selon l'expression de Paul (8), qu'en supprimant la vocation des autres agnates, on aurait conservé celle de la *Soror consanguinea*. Pour L. Michon (9), au contraire, *l'agnatus proximus* n'aurait été promu au rang de successeur qu'à l'époque des douze tables ou peu auparavant, mais ce terme aurait désigné tout aussi bien les agnates que les agnats. Cette admission des agnats aurait été une concession faite aux plébéiens par la loi des douze tables qui « est, à beaucoup d'égards, une charte « entre patriciens et plébéiens ». Et la jurisprudence défendant presque complètement aux femmes l'accès à la succession se fut établie plus tard, quand on s'aperçut que l'agnate héritière portait préjudice à la *gens* qui, lorsque cette femme sortait de la famille, perdait sa part éventuelle d'héritage. La loi Voconia défendant d'instituer les femmes héritières de citoyens riches, il parut illogique qu'elles fussent appelées *ab intestat* par la loi. Et probablement d'après L. Michon, conserva-t-on la vocation des sœurs consanguines parce que, ayant vécu autrefois, avec leurs

(8) Collatio, 16-3-20; Sentences, 4-8-20.

(9) L. Michon, *La succession ab intestat d'après les douze tables*, Nouv. Rev. Hist., 1921, p. 119-164.

frères, sous la puissance du père commun, elles avaient collaboré à la formation du patrimoine familial. Cette supposition, quoique vraisemblable, reste dans le domaine de l'hypothèse. Mais un argument beaucoup plus fort contre la thèse de Bonfante semble résider dans la nécessité du tuteur imposé aux femmes par la loi des douze tables (10). Car cette tutelle perpétuelle vise l'administration des biens et non la conduite des personnes. Son but évident est la conservation du patrimoine à la famille agnatique, et pour cette raison, on en confie la charge à l'héritier présomptif, c'est-à-dire au principal intéressé. Ceci montre déjà que ce bien qu'on veut empêcher d'échapper à la famille est le patrimoine familial qui est venu à la femme par droit de succession, de même que dans l'ancien droit français, la distinction entre propres et acquêts défendait à l'héritier des propres d'aliéner cet héritage des aïeux, tandis que les coutumes lui permettaient de disposer des produits de son travail et de son épargne. Mais d'ailleurs, on ne pourrait parler de telles acquisitions de la femme romaine. Car si, en principe, l'accès d'aucune profession, sauf celle de banquier (11), ne lui est interdit par un texte positif, l'ingénue de même que le citoyen de naissance libre, professe le plus grand dédain envers l'exercice des métiers qu'elle laisse aux esclaves et aux affranchis..

Donc il semble bien que la femme mariée par *confarreatio*, *coemptio*, ou *usus*, peut hériter, au rang de sœur, de ses enfants devenus *sui juris* par le décès de leur *paterfamilias*.

(10) Restitution de la table V. Gaius I, 144-145 : « Veteres... vo-
« luerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, in tutela esse... »

(11) Dig. tit. 13 De edendo, liv. 3, 1. 12.

Mais le droit évolue en même temps que les mœurs. Et ces trois modes d'union des époux se raréfient peu à peu. La *coemptio* est encore connue de Cicéron, mais l'orateur en parle comme d'un acte ne visant plus son but primitif, mais tendant à permettre à la femme, soit de changer de tuteur, soit de tester librement, soit encore de se libérer du culte de famille (12). Le mariage par *confarreatio* devint si rare au début de l'ère chrétienne que Tacite raconte dans ses annales (13), qu'en l'an 23, Tibère proposa un nouveau mode d'élection du flamme de Jupiter qui auparavant, devait être issu d'une telle union, car le nombre des patriciens se mariant encore de cette façon était devenu infime. Enfin, Gaius nous dit de l'union par *usus* qu'elle est en désuétude.

Donc nous pouvons en conclure qu'au cours des siècles précédents, l'usage de ces trois modes de formation du mariage est allé en se restreignant. Et qu'est-ce qui les a remplacés ? L'union sans formes qui ne confère pas au mari la *manus* sur son épouse. Dès lors, au point de vue du droit, la femme est une étrangère pour ses propres enfants et leur succession lui échappe complètement pour aller aux seuls parents civils, aux agnats, qui peuvent être des parents fort éloignés ou même des étrangers au point de vue du sang.

Quand les mariages *sine manu* se furent généralisés, vers les derniers siècles de la République, cette situation dut paraître pénible. D'autant plus que le nombre des enfants laissant à leur mort un patrimoine s'était accru : L'émancipation n'était plus une punition mais une faveur.

(12) Cic., pro Mur., 12, 27.

(13) Tac., Ann., liv. 4, chap. 16.

Elle permettait, par exemple, à l'enfant émancipé d'aller tenir un comptoir dans une partie éloignée de l'empire. En effet, la mentalité du Romain avait changé. Son horizon s'était élargi : les conquêtes avaient reculé considérablement les bornes étroites de la cité de Romulus et le vieux peuple agricole auquel suffisaient les règles étroites et rigides des douze tables avait, par le commerce et la conquête, pris contact avec d'autres peuples, différents par les coutumes et les mœurs. En particulier, la Grèce exerça sur Rome une influence indéniable. Comme le fait remarquer L. Beauchet (14), le mot d'Horace :

« *Graecia capta ferum victorem cepit* »

est vrai non seulement dans le domaine des arts et de la littérature, mais dans celui du droit privé, reflet fidèle des mœurs. Or le droit grec était plus souple que le droit romain. Selon Gide (15), chez les Grecs, « le mot droit » n'exprime pas comme chez les Romains, une idée de « joug et de contrainte, mais il est synonyme d'usage, de « convenance, d'équité ». Cette notion d'équité commence donc à pénétrer à Rome, où Cicéron semble déjà la considérer comme une source de droit (16). En tout cas, pour lui, comme le fait remarquer Krueger (17), « *l'aequitas* » doit l'emporter sur l'interprétation étroite de la lettre ». Et à l'époque classique, cette notion reçoit une application beaucoup plus étendue. « C'est de *l'aequitas* », ajoute le

(14) Beauchet, *Histoire du droit privé de la république athénienne*, p. XXV.

(15) Gide, *Etude sur la condition privée de la femme*, 1867, p. 70.

(16) Cic., *Top.*, 7, 31.

(17) Krueger, *Histoire des sources du droit romain*, trad. Brissaud, p. 165 et suiv.

même auteur, « qu'on fait découler en général, les innovations les plus diverses du *jus honorarium* ». Et Beauchet explique le mécanisme de ces innovations : « Les magistrats de Rome appelés à gouverner des provinces de langue grecque appliquaient le droit local. Amenés ainsi par les nécessités de la pratique à s'affranchir du formalisme du vieux droit quiritaire, ces magistrats ne tardèrent pas à reconnaître que le droit grec répondait plus que le droit romain, aux *exigences de la raison naturelle et de l'équité*, et qu'il était plus dominé par la conception de pure justice qui devenait tous les jours davantage la principale préoccupation des juriconsultes romains. De retour dans la métropole, ils eurent une tendance légitime à faire prévaloir dans la jurisprudence le principe dont ils avaient reconnu l'excellence dans la pratique et si ils ne le firent pas directement, ils le firent d'une manière indirecte et déguisée. Aussi peut-on dire, sans exagérer, qu'une grande partie du droit grec a passé dans l'édit du prêteur ».

En effet, ce sera le prêteur qui, par un moyen détourné, confèrera la possession des biens à des catégories de personnes que le droit civil éloignait impitoyablement de la succession : il élargira d'abord les prescriptions légales en faveur de ceux qui sont institués par un testament où toutes les formes exigées par la loi n'ont pas été rigoureusement observées, il leur donnera la *bonorum possessio secundum tabulas*. Puis, pour corriger les dispositions qui écartaient les parents par les femmes, il créera la *bonorum possessio unde cognati*. C'est par celle-ci que la mère prendra part désormais à l'héritage de ses enfants. Cette b. p. est déjà connue de Cicéron qui dans son plaidoyer *pro Cluentio* (18)

(18) Cic., *Pro Cluentio*, 60-165.

dit qu'elle a été donnée, en vertu de l'édit du préteur, à Numerus Cluentius, fils de la sœur du défunt.

D'ailleurs, si cette mesure fut inspirée, comme nous l'avons vu, par le jeu d'impulsions internes, comme l'évolution de la civilisation, et externes médiates, comme l'influence des conceptions grecques sur la mentalité romaine, nous pouvons aussi chercher une influence immédiate d'Athènes sur Rome en cette matière, semblant justifier la remarque que faisait déjà Théophraste : « Plusieurs de nos usages « s'étaient introduits chez les autres peuples et paraissaient parfois dignes d'être imités » (19). A Athènes, en effet, contrairement au droit commun du reste de la Grèce, à défaut de successibles dans la ligne paternelle, c'est-à-dire de père, de frères, de sœurs, de neveux, de nièces ou de collatéraux descendant de l'aïeul paternel du défunt, la mère et les parents de la ligne maternelle étaient appelés à la succession du *de cujus*. C'est du moins ce que Caillemer (20) a dégagé

(19) Etude sur le traité des lois de Théophraste, Dareste, Revue de législation 1870-71.

(20) Caillemer, Rev. de lég., année 1876, p. 648, et *Le droit de succession légitime à Athènes*. Son opinion est partagée par Bunsen, de Boor, Schelling, Hermann, Grasshof, Van Stegeren, Giraud, Maucor-dato, Robiou et Moy qui invoquent à l'appui de leur thèse les plaidoyers des orateurs, par exemple celui prononcé en faveur d'Hagnias et certaines considérations d'équité en accord avec l'esprit du droit.

Il est vrai que Beauchet, dans son Histoire du droit privé de la république athénienne, 1897, tome 3, croit que la loi n'appelle la mère, pas plus que le père à la succession des enfants prédécédés. Il fonde cette assertion sur le silence gardé par les lois athéniennes à l'égard de la mère. Mayer est du même avis.

d'un texte d'Isée ordonnant la transition des biens aux parents maternels en l'absence de parents par les mâles.

Et c'est à un résultat semblable qu'aboutit la réforme du préteur. En effet, celui-ci ne peut faire des héritiers, comme le dit Gaius (21) : « *Praetor heredes facere non potest, per legem enim tantum vel similem juris constitutionem heredes fiunt, veluti per senatusconsultum et constitutionem principalem* ». Donc ce n'est qu'en l'absence de ces héritiers légitimes ou à défaut d'acceptation par eux de la succession, que la mère pourra demander au préteur d'être envoyée en possession des biens de ses enfants. Et ces héritiers légitimes, ce sont les *heredes sui* et les agnats. Donc un agnat, si éloigné soit-il, peut primer la mère, ce qui correspond aux prescriptions du droit athénien qui n'appelle la mère qu'à défaut de parents paternels.

Et non seulement la mère peut être écartée de la succession par des héritiers légitimes, mais encore d'autres *bonorum possesseurs* peuvent passer avant elle. Car le préteur offre la possession des biens à différentes classes de successeurs suivant un ordre déterminé (22) : d'abord à ceux qui sont héritiers en vertu d'un testament ; il leur donne la *b. p. secundum tabulas* puis aux enfants qui ont été omis par ce testament, par exemple parce qu'ils n'étaient que conçus à la mort du testateur, il permet de demander la *b. p. contra tabulas* ; ensuite le magistrat appelle les *liberi*, c'est-à-dire les enfants émancipés (23) et leur progéniture, puis les *legitimi*. Et ce n'est qu'en l'absence de toutes ces catégories, ou quand elles n'ont pas demandé la *b. p.* à

(21) Gaius, *Institutes*, 3-32.

(22) Just., *Institutes*, 3-9.

(23) *Collatio*, tit. 16.

l'expiration d'un délai (24) d'un an pour les enfants et parents tant naturels qu'adoptifs, de cent jours pour les autres, que la mère peut réclamer du prêteur la faveur de la *b. p. unde cognati*. Car parmi les cognats, la mère occupe le premier degré dans l'ordre ascendant (25). Et puisque le prêteur ne s'occupe, pour donner la *b. p. unde cognati*, que de la parenté par le sang, il accordera la *b. p.* des enfants naturels comme celle des enfants légitimes (26). Nous voyons que la mère vient à un rang désavantagé dans l'ordre des successeurs. De plus, n'étant pas véritable héritière, elle n'est pas propriétaire des biens dont le prêteur lui attribue la possession. Elle doit les usucaper. Et pendant le temps de cette prescription, un an pour les meubles, deux ans pour les immeubles, elle n'a pas les actions en revendication. Sa possession n'est protégée que par la publicienne. D'ailleurs, cette possession est *sine re* (27), s'il y a conflit entre héritiers de droit civil et héritiers prétoriens, ceux-ci sont impitoyablement évincés. Les *bonorum possessores* n'héritent pas des actions du défunt, ni de l'action *in rem generalis* (pétition d'hérédité). Pour y obvier, on leur donna d'abord : l'interdit *quorum bonorum* (28), plus tard une action fictive de pétition d'hérédité.

Donc, si le prêteur a légèrement amendé la situation de la mère, il n'a pu malgré ses efforts, la placer au rang auquel la nature semble lui donner droit. Car il ne lui a été possible

(24) Just., Inst., 3-9 § 9 et 10.

(25) Just., Inst., 3-6, De gradibus cognationis.

(26) Dig. 38-8-§ 2. Gaius, libro sexto decimo ad edictum provinciale ; Dig. 38-8-§ 4. Ulpien, libro sexto regularum.

(27) Gaius, Inst., 3-35.

(28) Gaius, Inst., 3-32.

que de ruser, pour ainsi dire, avec les antiques prescriptions du droit civil, sans qu'il lui ait été permis de les transgresser.

Mais ce que ce magistrat n'a pu faire, une source de droit va l'accomplir, le sénatus-consulte Tertullien. Celui-ci transforme la mère en héritière légitime, comme le dit Ulpien (29) : « *legitima heres fit ex senatusconsulto Tertulliano* ». Mais à ce privilège conféré par la loi, il existe des restrictions, entre autres la condition du *jus liberorum*. Donc ce sénatus-consulte a été motivé, non par de simples raisons sentimentales ou par de pures considérations d'équité comme notre mentalité moderne pourrait nous le faire supposer, et comme pourrait aussi nous inciter à le croire le texte de Justinien (30) qui nous parle de succession donnée par Claude à une mère pour la consoler de la perte de ses enfants et du sénatus-consulte Tertullien qui a été fait pour déferer une succession douloureuse. Ce sénatus-consulte vise, avant tout un but social : favoriser la natalité, Il se rattache aux idées qui ont inspiré les lois caducaires : Les lois Julia et Papia Poppea cherchaient à encourager la procréation des enfants, en frappant de peines *caelibes*, *orbis* et *orbae*, tandis qu'elles récompensaient les *patres* et les *matres*. Et il est intéressant de remarquer que ces punitions et ces récompenses s'appliquaient justement à propos des successions. Mais les *matres* étaient traitées moins favorablement que les *patres*, car elle n'avaient pas le *jus accrescendi* — probablement à cause de ce vieux sentiment de méfiance envers le penchant de la femme à la prodigalité qui avait déjà inspiré la loi Voconia — Le sénatus-consulte Tertullien va être plus généreux à leur égard. Au lieu d'un

(29) Ulpien, *Regulae*, 26-8.

(30) Just., *Inst.*, III, 3, § 1 et 2.

privilège négatif comme celui que leur donnaient les lois caducaires qui leur permettaient seulement de ne pas perdre leur part dans les legs qui leur étaient faits, le Sénat va les gratifier d'un avantage positif : le droit à la succession de leurs enfants. On peut encore voir une preuve du but utilitaire du senatus-consulte qui veut favoriser la repopulation, dans ce fait que, pour savoir si la Romaine a le nombre d'enfants requis, on compte les enfants naturels comme les légitimes (31). En effet, ils seront, comme ces derniers, des citoyens pour l'état. Par contre, on ne tient pas compte des monstres (32) ni des fausses couches (33), ce qui prouve qu'on se soucie peu des souffrances de la mère et du « *periculum et saepe mortem* » qu'elle risque et qui émeuvent l'âme tendre de Justinien (34). Une autre similitude se révèle entre les lois Julia et Papia Poppea et le senatus-consulte : C'est le même nombre d'enfants, trois pour les ingénues, quatre pour les affranchies, qui est exigé des femmes pour qu'elles soient dispensées par les premières de la tutelle légitime, pour qu'elles puissent hériter en vertu du second. Ces nombres ont été établis, semble-t-il, pour essayer de maintenir la prépondérance numérique des citoyens de naissance libre.

Il est donc évident que le senatus-consulte Tertullien fait partie de cette catégorie de mesures que prend le législateur pour lutter contre la dépopulation.

Cependant, déjà dans les lois caducaires, nous remarquons une grave exception en faveur des cognats jusqu'au

(31) Just., Inst., III, 3, 7.

(32) Paul, Sentences, IV, 9, § 3.

(33) id. IV, 9, § 6.

(34) Just., Inst., III, 3, § 4.

sixième degré (35), et même jusqu'au septième pour le fils et la fille du cousin et de la cousine. Tous ceux-ci, même *caelibes* ou *orbi* ne perdaient pas leurs parts des legs qui leur étaient faits. Cette disposition devait beaucoup restreindre la portée des lois d'Auguste. Déjà, au VI^e siècle, les lois *Cincia* (année 550) et *Furia testamentaria* (année 585), tendant à supprimer les donations et les legs excessifs ne s'appliquaient pas aux dispositions en faveur des cognats jusqu'au sixième et septième degré.

C'est donc que l'idée qui avait guidé le prêteur dans l'attribution de la *b. p. unde cognati*, le sentiment de l'importance de la parenté par le sang s'étaient encore développés, et que, désormais, on avait conscience qu'on manquerait à la justice en professant pour la famille cognatique l'indifférence que lui témoignaient les anciens Romains.

Et le *senatus-consulte* Tertullien vient marquer un nouveau progrès dans cette évolution des sentiments favorables aux parents par le sang.

Comme le fait remarquer Ihering (36), « la révolution
« qui s'est produite dans le sentiment juridique n'a pas sa
« cause dans ce sentiment même, elle doit son impulsion
« aux institutions qui réalisent déjà partiellement les desiderata prévus et dont on demande la complète exécution.
« Le sentiment juridique du peuple apparaît comme l'enfant qui prend sa mère au mot. Il demande au droit de
« faire une vérité complète de ce qu'il lui a enseigné, il
« lui reproche de rester en deçà des doctrines qu'il a lui-même établies...

(35) Frag. Vat. 216.

(36) R. von Ihering, *Histoire du développement du droit romain*, œuvre posthume traduite par O. de Meulenaere, éd. 1900, p. 22-23.

« ... A mesure que le droit, exerçant sur lui-même sa propre critique est amené à changer les demi-vérités en vérités entières, il réalise... des progrès dont nous ne pouvons prévoir l'importance ».

On pourrait appliquer, semble-t-il, cette théorie à l'élaboration du *senatus-consulte* Tertullien. Une fois que le prêteur a offert aux cognats la *bonorum possessio*, après qu'Auguste les a exemptés des peines des lois caducaires, le sentiment populaire en demande davantage. Sous l'influence de la philosophie stoïcienne, sa notion d'une justice plus parfaite s'est développée. Du temps de l'empereur Claude, déjà, une femme demande et obtient l'héritage de ses enfants. Puis sous Hadrien, une disposition législative d'ordre général vient consacrer l'idée d'équité, tempérée, il est vrai, par les conditions imposées dans le but social. Mais cette admission, même sous certaines réserves, de la mère à la succession de sa progéniture, eût paru impossible, quelques siècles auparavant.

Donc, depuis les lois caducaires, nous remarquons qu'une concurrence s'établit entre le but de repopulation visé par le législateur, et des considérations de sentiment et d'équité. Celles-ci étant d'abord secondaires, vont prendre de plus en plus d'importance jusqu'au moment où elles arriveront à supplanter complètement les premières. Après avoir pris naissance au contact de la culture grecque, elles vont se trouver secondées par les progrès du christianisme dont la doctrine est en désaccord avec l'esprit qui a dicté l'institution du *jus liberorum* ; dant les tendances de pitié envers les faibles, de relèvement de la condition de la femme, vont adoucir et purifier les mœurs.

De sorte que nous verrons le droit de la mère progresser avec, parfois, des retours en arrière, comme il arrive

dans toute évolution. C'est ainsi que Paul nous apprend déjà que les mères peuvent, en l'absence du nombre d'enfants requis par le senatus-consulte, obtenir le *jus liberorum* par une faveur des empereurs (37), puis Constantin accorde à la mère qui n'a pas le *jus liberorum* un tiers de l'héritage quand elle est en concours avec des agnats autres que des frères et sœurs (38). Les grands-parents sont admis à la succession (39). Puis Justinien procède par étapes, à l'augmentation des droits de la mère : il l'admet d'abord à l'héritage, même en présence de frères du défunt (40). Puis il supprime le *jus liberorum* (41), et les raisons qu'il en donne sont de purs motifs de sentiment (42). Ensuite, il concède aux pères et mères l'usufruit des deux tiers de la succession du défunt *sui juris* ; et même en présence d'un père ayant la *patria potestas* sur son fils, il donne à la mère la nue-propriété de la moitié de la succession du *de cujus* en présence de sœurs, et d'une part virile quand des frères et sœurs viennent concourir avec elle, tandis que le père ne conserve que l'usufruit du patrimoine de son enfant (43). Enfin, par le système des Nouvelles, il place la mère au même rang que le père dans l'ordre des ascendants susceptibles.

Nous allons donc voir la tendance qui, d'une façon un peu brutale, veut développer la natalité, et la vieille concep-

(37) Paul, Sentences, 4-9-9.

(38) C. Th., V-1-1.

(39) C. Th., 3-18-1.

(40) Inst., III, 3 § 5.

(41) C. 8-58-2.

(42) Just., Inst. III, § 4.

(43) C. 6-56-7 et Inst.

tion de la primauté de l'agnation, aux prises avec des idées empreintes de plus d'humanité qui militent en faveur de la famille cognatique.

C'est aux péripéties de cette lutte que nous allons maintenant assister.

CHAPITRE PREMIER

DATE - INSPIRATION - MILIEU

Donc, au deuxième siècle de l'ère chrétienne apparaît le *senatus-consulte* Tertullien.

Essayons de préciser sa date :

D'après les *Institutes* de Justinien, ce *senatus-consulte* aurait été rendu du temps d'Hadrien (1). Et un certain nombre d'auteurs (2), se fondant sur ce texte, le placent sous le règne de cet empereur.

Mais il en est d'autres (3) qui, se référant à un passage de Zonaras (4), veulent que cette mesure législative ait été

(1) Just., Inst., III, 3 § 2.

(2) *Cug*, Manuel des Institutions juridiques des Romains, p. 722 ; *Krueger*, Hist. des sources, p. 224 ; *Girard*, manuel, éd. 1929, p. 900, n. 3 ; *Costa*, Storia del diritto romano privato, p. 513 ; *Mommsen*, Die bedeutung des wortes digesta, Z. f. R. G. 1878, p. 88, n. 15 ; *L. Boulard*, *Salvius Julianus*, thèse Paris, 1902 ; *Pauly-Wissowa*, Real Encyclopedie ; *C. Ferrini*, *Pandette*, éd. 1900, p. 771.

(3) *Demangeat*, Cours élémentaire de droit romain, t. II, p. 36, n. 3 ; *Accarias*, Précis de droit romain, éd. 1882, t. I, p. 1198 ; t. II, p. 56, n. 1 ; *P. Rives*, Etude sur les innovations introduites par Antonin le Pieux, thèse, p. 51 ; *Daremberg et Saglio*, Dictionnaire, à Heres, art. de F. Baudry ; *Lacour-Gayet*, Antonin et son temps, p. 419 ; *G. Goyau*, chronologie de l'empire romain, Paris, 1891.

(4) Zonaras, XII, 1.

prise sous Antonin le Pieux. Et il faut reconnaître qu'au premier abord, un certain nombre d'arguments semblent étayer leur thèse :

Sur la liste des consuls (5), on n'en aperçoit aucun du nom de Tertullus entre les années 117 et 138. Au contraire, sous Antonin le Pieux, un certain Ser, Sulpicius Tertullus a occupé la charge consulaire en 158.

D'autre part, Gaius, contemporain d'Hadrien, ne fait aucune mention du senatus-consulte dans ses *Institutes* (6). Il se contente d'exposer le système successoral réglé par la loi des douze tables, puis l'amélioration que le prêteur lui a apportée par la *b. p. unde cognati*. Si Gaius avait connu les dispositions du senatus-consulte Tertullien au moment où il a composé son troisième livre des *Institutes*, il les y eût décrites. Son silence s'explique donc par le fait que la nouvelle législation favorable à la mère est postérieure au règne d'Hadrien.

Mais alors, pourquoi Justinien dit-il en termes exprès : « *Postea autem senatus-consulto Tertulliano, quod divi Hadriani temporibus factum est... ?* » C'est que, répond-on, Justinien a désigné le successeur d'Hadrien par le nom de son père adoptif. Cette supposition paraît un peu hardie (7).

L'argument tiré du silence de Gaius ne semble pas non plus irréfutable. Dans ses *Institutes*, à la suite de l'exposé des *bonorum possessiones*, se trouve un passage de trente-sept lignes indéchiffrables (8), où l'on ne peut distin-

(5) Goyau, chronologie; Prosopographia imperii romani.

(6) Gaius, *Inst.* 24.

(7) D'après Cagnat, Cours d'épigraphie latine, Antonin le Pieux est appelé sur les monuments : Imp. Caesar T. Aelius Hadrianus Aug. Pius.

(8) Gaius, *Inst.*, III, 33 a. /

guer que quelques mots ou membres de phrases entrecoupés, mais dans lequel Girard croit que l'auteur traitait justement du senatus-consulte Tertullien. Et d'ailleurs, à quelle époque ont été écrites les Institutes ? Girard (9) place leur rédaction vers la fin du règne d'Antonin le Pieux. G. Goyau émet l'hypothèse de l'année 161, en se référant à l'opinion de Lacour-Gayet (10) et à celle de Glasson (11) qui, sans fixer l'année précise, parle également de cette époque. Donc, si on veut expliquer le silence de Gaïus au sujet du senatus-consulte par le fait que celui-ci n'était pas voté, il faudrait reporter cette mesure législative non pas sous Antonin le Pieux, mais après la mort de ce monarque. C'est impossible, car ce serait le rendre postérieur à l'orphitien qui lui a apporté des modifications. Et c'est ce que personne ne songe à faire.

Quant au passage de Zonaras mentionné ci-dessus, il vise bien un senatus-consulte de l'année 176, mais ce n'est pas le Tertullien, c'est celui qui accorde au père un droit de succession sur les biens de son fils *sui juris* mort *ab intestat*. C'est une mesure qui peut être considérée comme faisant le pendant au senatus-consulte Tertullien, puisque elle donne au père qui ne peut recueillir le patrimoine de son fils ni *jure peculii*, ni à titre de *manumissor*, un droit préférable à la *b. p. unde cognati*. Ce qui prouve que c'est bien à cette disposition que Zonaras fait allusion, c'est qu'il cite à ce propos, une règle établissant une quarte au profit

(9) Girard, *Textes de droit romain*, éd. 1923, p. 221.

(10) Lacour-Gayet, *Antonin le Pieux et son temps*, p. 408.

(11) Glasson, *Etude sur Gaïus et sur quelques difficultés relatives aux sources du droit romain*, Paris, 1885, p. 128-139.

des parents sur les biens des enfants ; or, ce privilège est complètement étranger au *senatus-consulte Tertullien*.

L'absence d'un Tertullus sur la liste des consuls du temps d'Hadrien est plus embarrassante. Buhl (12) essaie bien de suppléer à cette omission par une hypothèse : il remarque qu'en l'année 138, un certain C. Julius Scapula fut consul *designatus*. Et il pense que ce personnage a pu porter aussi, comme le consul Tertullus Scapula de l'année 195, le nom de Tertullus. Cette ingénieuse supposition aurait l'avantage de faire plaisir aux tenants des deux théories opposées car l'année 138 étant celle du décès d'Hadrien, on peut, à son gré, dire que le *senatus-consulte* a été voté soit avant le 10 juillet de la dite année, jour du décès de l'empereur, soit après cette date ; c'est-à-dire, suivant les opinions, soit sous le règne d'Antonin le Pieux, soit pendant la vie de son prédécesseur. Mais tout ceci n'est qu'une construction séduisante, dont la base est bien fragile. D'ailleurs, il semble, d'après Goyau, que ce C. Julius Scapula n'ait été nommé qu'à la fin de l'année, car il figure après deux autres consuls : P. Cassius Secundus et P. Delphius Mucianus qui sont marqués entrés en charge le 15 octobre. Dans ce cas, l'essai de conciliation de Buhl serait vain. Mais pourquoi vouloir à tout prix que l'auteur de la proposition législative ait exercé le consulat ? N'a-t-il pas pu être préteur, par exemple ? Et ainsi s'expliquerait très facilement son absence de la liste des consuls. Ou même, si on se fie à l'exemple des autres *senatus-consultes* qui portent généralement le nom d'un de ces magistrats, on peut supposer que Tertullus a été consul suffect, ce qui expliquerait l'omission de son nom dans les *Fastes*.

(12) Buhl, *Salvius Julianus*, éd. 1886, p. 22, t. I.

Car un texte différent de la déclaration, déjà très affirmative de Justinien, vient apporter un argument décisif en faveur de la promulgation du senatus-consulte Tertullien du temps du fils adoptif de Trajan. C'est un passage de Tryphonius, au digeste (13) : Celui-ci nous rapporte une question de *co-morientes* : un père et son fils ont péri à la guerre. La mère du jeune homme revendique les biens de celui-ci dont le décès, prétend-elle, a suivi la mort du père. Les agnats de ce dernier s'opposent à sa demande et font valoir leurs droits car, disent-ils, le fils est mort le premier. Et Hadrien tranche le différend en faveur de la mère. Or, si la mère peut ainsi élever une prétention à la succession de son fils, c'est en vertu du senatus-consulte Tertullien. En effet, voyons sous le régime antérieur comment les biens auraient été dévolus dans les diverses hypothèses, où le père est mort le premier, ou bien a survécu à son fils, celui-ci étant soit *sui juris*, soit en puissance.

Examinons le cas où le fils en puissance est décédé le premier : Ses biens reviennent à son père, *jure peculii*. Puis, le père venant à mourir à son tour, les agnats de celui-ci revendiquent la succession en tant qu'héritiers légitimes, de préférence à la mère qui ne peut réclamer les biens qu'en vertu du privilège de la *b. p. unde vir et uxor*.

Mais voyons si les agnats ne primeraient pas également la mère, si le fils était mort après son père ; Le fils eut hérité de son père à titre d'héritier sien, et les agnats du père étant également agnats du fils auraient un droit supérieur à la mère, qui ne pourrait invoquer à leur encontre que la *b. p. unde cognati*. Donc, dans cette hypothèse, il serait indifférent aux agnats que le fils fût décédé le premier ou le second

(13) Dig. 34-5-9, § 1.

car ils eussent été héritiers dans l'un ou l'autre cas. Et la mère n'aurait aucun avantage à alléguer que le fils a survécu à son père.

Mais, peut-être, la question d'ordre dans la mort des deux militaires aura-t-elle plus d'importance si nous supposons le fils *sui juris* : Celui-ci est-il mort le premier, le père n'aura aucun droit à sa succession légitime. Tout juste eût-il pu invoquer la *b. p. unde cognati*, en concours d'ailleurs avec la mère, mais il ne l'a pas fait, puisque la mort est venue le surprendre. Le fils *sui juris* étant détaché de sa famille d'origine, car, par hypothèse, puisque le père était encore vivant, le fils ne peut être sorti de sa puissance que par émancipation ou adoption, les agnats du père ne sont pas les agnats du fils, donc ne priment pas la mère. Donc, dans cette hypothèse, la mère aurait intérêt à prétendre que son fils est mort avant son mari. Or, Tryphonius nous rapporte qu'elle fait tout le contraire.

Supposons maintenant que le fils *sui juris* meure après son père : Ses biens ne vont pas aux agnats de son père qui sont pour lui des étrangers, donc la mère peut en demander la possession *unde cognati*. Ce qui montre que les agnats n'auraient pas avantage à affirmer que le second *de cujus* est le fils.

En résumé, en présence d'un fils *alieni juris*, la question ne se pose pas pour les agnats de savoir qui est tombé le premier sur le champ de bataille, car ils hériteront de toute façon. Quant à la mère d'un *sui juris*, il lui est indifférent que le décès de son fils se soit produit avant ou après celui de son mari, car dans l'une et l'autre hypothèse, les agnats de celui-ci ne peuvent s'opposer à sa mise en possession.

Mais si le *senatus-consulte Tertullien* existe, tout change :

Le fils meurt-il en puissance avant son père ? Comme dans le cas précédent, le pécule du fils rentre dans le patrimoine paternel, et le père le laissera aux agnats, héritiers légitimes primant l'épouse, simple candidate à la *b.p. unde vir et uxor*. Le fils décède-t-il le second ? Il hérite de son père, mais quand il meurt à son tour, la mère, en vertu du *senatus-consulte*, peut réclamer sa succession contre les agnats. Car le *senatus-consulte Tertullien* l'a rendue héritière légitime, et à un rang supérieur à celui des agnats. Donc ceux-ci ont intérêt à prétendre que le fils est mort avant son père, tandis que la femme a tout avantage à ce que le décès du père ait précédé celui du fils.

S'il s'agissait d'un fils *sui juris*, en serait-il de même ? Mort le premier, il transmettrait son héritage à son père, à la condition que celui-ci eût été *manumissor*, et les agnats viendraient ravir à la mère l'héritage de ce dernier.

Si au contraire, le fils est le second *de cujus*, ses biens seront recueillis par sa mère, de préférence aux agnats grâce au *senatus-consulte*.

Donc, que le fils soit *sui juris* ou *alieni juris*, les agnats du père ne peuvent succéder qu'en plaçant la mort du fils avant celle du père, tandis que la mère n'est héritière que si le père est décédé avant son fils. C'est en faveur de cette dernière hypothèse qu'Hadrien résolut le conflit, nous rapporte Tryphonius, ce qui prouve que, du vivant de cet empereur, le *senatus-consulte Tertullien* était déjà connu. Et je crois que ce ne serait pas une supposition bien aventurée de dire que si Hadrien répondit dans ce sens, c'est qu'il trouvait injuste de voir les agnats dépouiller la mère, car enfin Tryphonius ne nous cite aucun indice qui ait permis

de penser que le père ait été frappé par la mort avant son fils. Donc Hadrien aurait décidé que cela s'était passé ainsi tout simplement pour arriver à une solution plus équitable du différend, et c'est, semble-t-il, le même sentiment de sympathie envers la mère qui l'avait poussé auparavant à faire voter le *senatus-consulte* Tertullien.

Quant à fixer la date exacte de celui-ci, nous n'avons, pour ce faire, que des points de repère assez peu précis. Ce sont des épisodes de la vie de Julien : L. Boulard, dans son *Salvius Julianus* (14), Krueger, dans son *Histoire des Sources*, disent que le livre 42 des *digesta* de Julien (15) est certainement postérieur aux *senatus-consultes* Juncien et Tertullien, car cette partie de l'œuvre de Julien contient des allusions à ces deux textes. La date du premier peut être déterminée par le passage du *digeste* (16) qui indique qu'il fut voté sous les consulats d'Emilius Juncus et de Julius Severus, qui peuvent être placés en 127, d'après la chronologie de Goyau (17). L. Boulard ajoute que le livre 42 fut également composé après le consulat de Julien, car le passage du *digeste* (18) où ce dernier parle de son consulat fait partie du livre 42, et l'auteur croit devoir le placer sous Antonin le Pieux. Dans la chronologie de Goyau, apparaît bien, en 148, un consul nommé P. Salvius Julianus, mais Krueger pense qu'il s'agit là du fils de notre jurisconsulte

(14) L. Boulard, *op. cit.*, p. 111.

(15) Dig., 40-5.

(16) Dig., 40-5-28 § 1.

(17) Date également admise par Daremberg et Saglio, Boulard, Krueger.

(18) Dig., 40-2-5.

(19). Et L. Boulard propose la date de 146 pour le consulat de Julien. Cela nous montre que le *senatus-consulte* Tertulien est antérieur à l'année 146 ; nous le savions déjà, puisque nous considérons qu'il a été voté sous Hadrien. Mais c'est un nouvel indice qui infirme l'opinion qui le plaçait en 158.

Et cette réforme du droit venait bien à son heure : Nous avons vu que l'accès à la succession par le moyen de la *bonorum possessio* imaginé par le préteur, avait été donné aux cognats à une époque où, l'empire romain s'étendant, les esprits s'élargissaient et s'ouvraient aux conceptions étrangères. Un phénomène du même ordre se produisit sous les Antonins : A ce moment, la puissance de Rome s'exerçait de la Bretagne à la Dacie, de l'Espagne à la Mésopotamie. Il était donc naturel que, des relations entre les habitants de ces régions différentes, naissent des actions et réactions tendant à affaiblir l'antique esprit purement romain, et rendant les mentalités plus accessibles à des conditions nouvelles. Et Hadrien, empereur voyageur, à l'intelligence très ouverte, est, peut-être, le type le plus représentatif de la société de son époque. Il avait fait ses études en Grèce et à quinze ans, formé par son séjour à Athènes, aux lettres et à la civilisation hellénique, il fut appelé par ses concitoyens « le petit Grec » (20).

Des séjours qu'il fit en Grèce, et qui nous sont rapportés par Eusèbe et Saint-Jérôme dans leurs chroniques, il ramena les mystères (il établit à Rome le culte d'Éleusis)(21)

(19) C'est possible, car le père s'appelait L. Octavius Cornelius Salvius Julianus Aemilius.

(20) Spartien, *De vita Hadriani*.

(21) Victor, *de Caesaribus*, 14.

les savants pour lesquels il fit construire l'Athénée, et aussi les idées philosophiques, la conception plus large, plus haute que l'antique conception romaine, d'une justice absolue, éternelle, universelle.

On peut déjà noter également, à cette époque, l'influence d'un christianisme latent, mais trouvant déjà un peu d'accès auprès d'esprits mieux disposés à le recevoir par une philosophie plus douce, plus humaine. Et si, au début du règne d'Hadrien, plusieurs chrétiens moururent martyrs, — d'ailleurs non pas sur l'initiative de l'empereur, mais en vertu de la non-opposition de celui-ci, — nous voyons que, pendant son séjour à Athènes, en 126, il reçut des plaidoyers en faveur du christianisme, l'un de l'évêque Quadratus, l'autre qu'Aristide (22), disciple de Platon présenta « au rhéteur, au disciple des anciens sages ». Et cette présentation d'apologies de la religion nouvelle ne sera pas sans influencer quelque peu Hadrien qui, s'il ne rendit pas un édit de tolérance en faveur des chrétiens, eut à leur égard une attitude plus favorable que celle que Trajan prescrivait à Pline, quand il lui conseillait de fermer les yeux quand nul ne réclamait, mais de sévir s'il recevait une dénonciation. Hadrien exigea que les chrétiens fussent accusés devant le tribunal et non par des cris sur la place publique, et qu'on prouvât qu'ils avaient fait quelque chose contre la loi (23).

Ces influences conjuguées avaient provoqué une transformation de l'esprit public. Un mouvement de sympathie se dessinait en faveur des faibles, en même temps qu'une

(22) Goyau, p. 196, Comte de Champagne, Les Antonins, tome 2, p. 53, qui se réfèrent à Eusèbe, Hist. Ecclésiastique.

(23) Lettre à Minucius Fundanus, proconsul d'Asie, Eusèbe, Hist. Eccl. IV, 9.

tendance à diminuer la puissance des forts. Et ceci se traduisit par des mesures législatives affaiblissant, par exemple, l'autorité du maître sur ses esclaves : « *Servos a dominis occidi vetuit cosque jussit damnari si digni essent* », dit Spartien (24); une matrone est punie de cinq ans d'exil pour sévices envers ses esclaves (25), ou restreignant le *jus vitae necisque* du *paterfamilias* : un père qui a tué à la chasse son fils coupable d'adultère, est déporté « comme ayant agi non en père, mais en brigand » (26). Les droits de la femme sont étendus par un *senatus-consulte* qui lui permet de faire un testament (27).

Mais si on peut remarquer, par exemple, dans les dispositions relatives au traitement des esclaves, une influence directe des mœurs des Grecs, qui avaient toujours traité les leurs avec beaucoup plus d'humanité que les Romains, il faut reconnaître que le *senatus-consulte* Tertullien s'inspira plus de l'esprit de la législation grecque que de sa lettre. Car, ainsi que nous l'avons déjà vu, la plupart des villes helléniques n'admettaient pas la mère à la succession de ses enfants, et si Athènes le faisait, ce n'était que d'une manière restreinte. A moins qu'on ne suppose que l'esprit curieux d'Hadrrien ait connu la loi que Pittacos, un des sept sages de la Grèce, avait donnée à Mytilène, dans l'île de Lesbos, et qui appelait la mère à partager avec le père l'héritage de leur progéniture (28).

(24) Spartien, 18.

(25) Ulpien au Dig. 2-1-6 de his qui sui.

(26) Marcien au dig. 5 ad legem Pompeiam de parricidis.

(27) Gaïus, 1-115.

(28) Théon, *Progymnasmata*, XIII, 8.

Mais il semble plutôt qu'Hadrien ait été chercher son inspiration en Egypte. Ce n'était pas la première fois que la législation romaine faisait des emprunts au droit des pharaons. E. Revillout a essayé de prouver (29) que la loi des douze tables est directement inspirée du code de Bocchoris, et qu'à partir de Constantin se produisit une véritable « égyptianisation » du droit romain (30). Il n'est donc pas étonnant de voir, dans l'intervalle, parmi des emprunts faits aux droits étrangers, des mesures législatives importées de la vallée du Nil. Et ceci était rendu possible par le fait qu'après la conquête romaine, une partie du droit égyptien fut conservée comme coutume, comme le fait remarquer Dareste (31), « les Romains suivirent, en Egypte, l'exemple des Macédoniens. « Ils respectèrent les usages et les lois des indigènes.. » Or, l'état social de la femme y était très différent de ce qu'il était, à la même époque, dans tout l'Orient, et même, peut-être dans le reste du monde (32): « Sous la « dynastie éthiopienne, sous Psammétique et ses successeurs, « sous la domination perse, sous les dynasties nationales « qui se succédèrent depuis Amyrtée jusqu'à Nechtaneb, « sous Darius II, Alexandre le grand, les premiers Ptolémées « la femme égyptienne apparaît toujours comme étant au

(29) Revillout, Les origines du droit civil romain; Précis de droit égyptien.

(30) Cf. par exemple, l'introduction du système des castes.

(31) R. Dareste, *Principaux traits de la législation égyptienne esquissés d'après les papyrus gréco-égyptiens*, Journal des savants, année 1883, p. 163-173.

(32) Voir Revillout; et Jacques Pirenne, Hist. des institutions et du droit privé de l'ancienne Egypte; A. Moret, Le Nil et la civilisation égyptienne; Mitteis, p. 57.

moins l'égale de l'homme » (33). De sorte que la filiation maternelle était tout aussi importante que la filiation paternelle, et que l'agnation cette parenté de convention y était inconnue. « L'Égypte », dit Mitteis, « est le pays du droit maternel ».

En matière d'hérédité, les filles héritaient de parts égales à celles des fils, tandis qu'en droit grec, elles ne pouvaient prétendre qu'à une dot, et qu'en droit romain, la fille mariée avec *manus* n'avait plus rien à réclamer dans la succession de son père. Tout en regrettant, avec Dareste, qu'on n'ait pas retrouvé « les huit livres qui, au dire de « Diodore, contenaient le code de toutes les lois égyptiennes « et s'ouvraient devant les juges, dans la salle d'audience « du tribunal suprême », nous pouvons donc présumer que, puisque ces diverses causes d'exclusion de la femme des successions : agnation, préférence des hommes aux femmes, n'existaient pas en droit égyptien, la mère avait accès à l'héritage de ses enfants.

Et la justice, le bon sens qui avaient guidé le législateur égyptien semblent avoir séduit Hadrien. Car il s'en inspire pour accorder aux Egypto-Macédoniennes des droits réels sur l'hérédité maternelle (34), alors qu'auparavant, comme en droit athénien, elles ne pouvaient revendiquer, en concours avec leurs frères aucune part des biens de leurs auteurs, tant d'une ligne que de l'autre. De même Hadrien donne aux Egyptiens (35) le droit de succéder, pour ainsi dire par représentation, à la mère de leurs parents prédé-

(33) E. Revillout, *Cours de droit égyptien*, p. 52.

(34) E. Revillout, *Précis de droit égyptien*, p. 809.

(35) Girard, *Textes*: chap. IX, éd. 1923, p. 902; Bruns, *Fontes*, éd. 1909, p. 410, N° 190.

cédés. Or il ne calquait pas cette mesure sur le droit romain puisqu'il faudra attendre jusqu'au règne de Marc-Aurèle pour voir le senatus-consulte Orphitien accorder aux enfants le droit d'hériter de leur mère, et pas encore de leur grand-mère, et à condition que cette mère ait eu le *jus liberorum*. Girard suppose qu'Hadrien s'est inspiré du droit des Alexandrins qui jouissaient de beaucoup de privilèges par rapport aux autres Egyptiens (36), et dont la législation s'accordait parfaitement avec le droit hellénique.

Ce qui prouve que Hadrien s'intéressait aux Egyptiens, connaissait leur législation, reconnaissait le droit des cognats. Et il faut remarquer qu'il ne met à l'octroi de cette faveur aucune condition de *jus liberorum*. TH. Reinach (37) parlant de ce rescrit d'Hadrien, dit que celui-ci « ne se serait
« pas cru autorisé à introduire de son chef, à Rome ou dans
« les provinces sénatoriales, un changement législatif de
« cette importance. S'il agissait plus librement en Egypte » explique-t-il « c'est que ce pays n'était pas considéré
« comme une province proprement dite, mais comme une
« possession privée de l'empereur, où il avait succédé à tous
« les droits, comme à tous les titres des anciens souverains.
« Il n'est pas défendu de croire que c'est par des tentatives
« locales de ce genre que les empereurs se sont fait la main
« au métier de législateur avant de l'exercer au siège même
« de l'empire (37) ».

C'est ce qui nous explique pourquoi ce monarque, si, comme on peut le supposer, il rapporta d'Egypte son

(36) Par exemple, ils pouvaient être gratifiés du droit de cité, alors que les autres Egyptiens n'obtenaient pas cette faveur.

(37) Th. Reinach : La représentation en matière de successions féminines dans les droits grec, égyptien et romain, *Nouv. Rev. Hist.* 1893.

projet de réforme du droit successoral de la mère (38), fit encore revêtir à cette modification législative la forme d'un *senatus-consulte*.

En effet, encore à cette époque, l'empereur évite d'intervenir d'une façon directe dans la législation. Il préfère donner à son projet la force que lui confère un vote du Sénat. La puissance des empereurs ne s'est affermie que peu à peu, et d'une manière insinuante et progressive. Quand le pouvoir législatif a échappé aux assemblées populaires qui ne se réunissaient plus, l'empereur, au lieu de le prendre, a laissé le Sénat s'en saisir. Celui-ci l'a fait en profitant de la faculté qu'il avait d'interpréter les lois. Sous prétexte d'expliquer celles-ci, il les a étendues. Et le premier *senatus-consulte* de l'époque impériale qui ait modifié le droit existant en ayant l'air de l'interpréter est le *senatus-consulte* Silanien, nous dit Krueger (39). Pendant le premier siècle, le vote du Sénat n'a de force obligatoire qu'en tant que le préteur l'insère dans son édit. Puis cette formalité disparaît. Ensuite l'empereur saisit le Sénat par une *rogatio* et les pères conscrits votent la mesure qui devient directement exécutoire. C'est justement à partir d'Hadrien que le *senatus-consulte* a force de loi (40). Gaius le proclame, tout en rappelant les controverses qui s'élevèrent à ce sujet : « *Senatusconsultum legis vicem optinet, quamvis fuerit*

(38) Ce qui pourrait peut-être faire admettre, comme date du s. c. l'intervalle entre 132, année du voyage de l'empereur sur les rives du Nil, et l'année 138 où il mourut.

(39) Krueger, *Hist. des sources*.

(40) Pour Girard, *Manuel*, p. 62, c'est le s. c. Tertullien qui nous apporte la première preuve certaine du pouvoir du Sénat de faire du droit civil.

quaesitum » (41). Pomponius explique cette innovation par l'impossibilité de convoquer le peuple à cause de son accroissement considérable (42). Ulpien n'aura plus de doutes : « *Non ambigitur senatum jus facere potest* » (43). Et, déclare Bonfante, à partir d'Hadrien ou, pour parler d'une manière plus précise « à partir du moment où le *senatus-consulte* usurpe la valeur de la loi, il se révèle de plus en plus ouvertement comme une forme indirecte de la législation impériale. C'est l'empereur qui donne lecture au Sénat de son *oratio*, laquelle est acclamée par l'assemblée; les jurisconsultes commentent cette *oratio* et citent sous ce nom le *senatus-consulte* : *oratio Severi*, *oratio Antonini* ». Le fait que la disposition législative que nous étudions n'est pas rapportée par les auteurs sous cette forme semble indiquer qu'Hadrien, instigateur du *senatus-consulte* en fit présenter le projet par cet énigmatique personnage du nom de Tertullus, dont nous n'avons pu retrouver nulle autre trace (44).

Nous voyons donc que le *senatus-consulte* Tertullien apportait une véritable révolution dans le droit successoral. Il portait un coup décisif aux prérogatives des agnats et faisait triompher la famille cognatique, à laquelle, auparavant, le préteur n'avait pu faire que de timides concessions.

Cette mesure n'était pas étonnante de la part d'un empereur instruit de la philosophie grecque, ayant acquis l'expérience de nombreux voyages, voyant, par conséquent,

(41) Gaius, *Inst.*, 1-1-4.

(42) Pomp. au dig., 1-2-2 § 9.

(43) Dig. 5-6-1-3.

(44) Pour Girard, le nom du s. c. ne serait pas forcément tiré de celui de son instigateur, mais de celui de l'un des consuls en fonction au moment où il a été rendu.

les choses d'un point de vue élevé, général, humain ; et assisté dans son conseil (45) par des personnages qui n'étaient pas romains de naissance, tels que Salvius Julianus, qui avait vu le jour à Hadrumète, près de Carthage (46), ou Neratius Priscus, natif de Saepinum, dans le Samnium (47), et qui avaient été, par leurs fonctions, mis en contact avec des législations différentes de la législation romaine : Neratius Priscus ayant été gouverneur de Pannonie, S. Julianus ayant, entre autres déplacements, fait un voyage en Egypte qu'il mentionne dans un fragment de son livre ad Urseium (48), et le troisième jurisconsulte cité par Spartien, comme membre du Conseil, Juventius Celsus ayant exercé la charge de légat en Thrace. A ceux-ci, comme à Hadrien, l'accession de la mère à la succession de ses enfants devait paraître conforme à la justice. Hadrien, en d'autres occasions, montra que le sort des cognats ne lui était pas indifférent : outre les mesures que nous l'avons déjà vu prendre en leur faveur, nous est parvenu le texte d'une *epistula* de cet empereur, écrite à Alexandrie, et où, en 119, il accorde la *b. p. unde cognati* aux enfants naturels des militaires reconnus par ceux-ci pendant le service (49). C'est, remarque Girard, la première trace de *b. p. unde cognati* fondée uniquement sur les liens du sang.

Mais cette brusque rupture avec la conception romaine qui n'avait jamais voulu connaître comme parenté que l'agnation, devait choquer les esprits traditionnalistes, qui

(45) Spartien, De Vita Hadriani, 18.

(46) Spartien, Vita Did. Jul.

(47) Krueger, Hist. des sources.

(48) Dig. 46-3-36.

(49) Girard, Textes, chap. III, p. 195.

pouvaient aussi se formaliser du fait que le *senatus-consulte* appelait la mère, même à la succession d'enfants naturels, et lui donnait une vocation successorale, même si elle était *famosa*, à l'encontre de la disposition législative de Domitien (50). Peut-être pour apaiser ces scrupules des vieux Romains, présenta-t-on cette mesure comme édictée en faveur de la repopulation : on mit à son application la condition du *jus liberorum*, donnant ainsi satisfaction à l'ancienne préoccupation démographique, qui s'était manifestée même avant les lois caducaires, par les peines dont les censeurs punissaient le célibat et les récompenses que César accordait aux pères (51). D'ailleurs, ce souci du développement de la natalité n'était sans doute pas étranger à l'empereur, qui pour être un hardi novateur, n'était cependant pas un révolutionnaire, brisant, de parti pris, toute attache avec la politique de ses prédécesseurs. Et les raisons qui avaient déterminé Auguste à faire voter les lois Julia et Papia Poppea devaient encore exister au temps d'Hadrien (52).

(50) Suetone, Domitien, c. 8.

(51) Dio XLIII, 25 ; Tit. Liv. Epit. 59.

(52) On pourrait objecter le fait qu'Hadrien n'imposa aucune condition de nombre d'enfants à la faveur qu'il fit aux Égyptiens en leur permettant d'hériter de leurs grand'mères. Mais ceci peut s'expliquer, d'une part, par la raison qu'il était moins préoccupé d'assurer le repeuplement d'une province, que de maintenir la force numérique des citoyens Romains ; d'autre part, la dénatalité ne menaçait pas les Égyptiens, peuple prolifique, à l'idéal élevé, où l'exposition des enfants n'avait jamais été pratiquée, où la loi faisait aux parents un devoir d'élever toute leur progéniture, et où la restriction du nombre des naissances devait être inconnue.

C'est ce qui semble ressortir de cette réflexion que Spartien (53) met sur les lèvres de l'empereur, à propos d'un rescrit (54) par lequel il abandonne aux enfants des condamnés un douzième, au moins, des biens confisqués à leurs pères, et même l'intégralité, s'ils sont nombreux : « J'aime mieux », aurait dit ce monarque « donner plus de citoyens à mon empire et moins d'écus à mon trésor ».

Quoiqu'il en soit, cette restriction et quelques autres diminuent, en pratique, la portée d'une mesure qui, dans son principe, constituait un bouleversement du système successoral.

C'est ce que nous allons voir en étudiant ses dispositions.

(53) Spartien, *De vita Had.* 18.

(54) *Dig.*, 48-20-7 § 4.

CHAPITRE II

Première victoire de la cognation Le senatus-consulte Tertullien

Malheureusement, nous ne possédons pas le texte du senatus-consulte Tertullien, et, de l'abondante littérature qu'il a inspirée, il ne nous est parvenu que des fragments.

En effet, nous savons que Gaius écrivit un livre à propos de ce senatus-consulte, dont quelques lignes seulement sont reproduites au Digeste (1). Quant à ses *Institutes*, nous avons eu déjà l'occasion de dire que nous ne sommes pas absolument sûrs du fait qu'elles aient traité de ce sujet.

Un autre contemporain d'Hadrien, qui peut même avoir pris part à l'élaboration de cette mesure législative, puisque, faisant partie du conseil de cet empereur, il pouvait l'inspirer, *L. Salvius Julianus*, a, dans ses « *digesta* » (2) fait allusion à ce senatus-consulte. De même, au digeste (3), l'opinion de Julien est citée par Ulpien, à propos de l'application du Tertullien à des cas qu'il étudie.

Pomponius, qui vécut du temps d'Hadrien et d'Antonin le Pieux, a écrit cinq livres de *senatusconsulta* probablement

(1) Dig., 38-17-8.

(2) Dig., 40-5-47 § 4.

(3) Dig., 38-17, frag. 1 et 2.

sous le règne du premier de ces empereurs (4). Or, au livre II de son ouvrage, il traitait de la succession de la mère (5).

Au début du troisième siècle, *Paul* composa ses *Senten-*ces qui, comprennent, au livre IV, le titre 9 « *Ad senatus-consultum Tertullianum* ». Nous savons par le *digeste* et le *Code* (6), qu'il avait également écrit une monographie sur la même matière.

Son contemporain, *Ulpien* publia un livre de règles, dont nous ne possédons pas l'original, mais seulement un abrégé qui, d'après Mommsen, dut être fait peu après la constitution de Constantin, de 320, sur l'abolition des peines du célibat. Dans ce manuscrit, qui n'est pas interpolé, mais où les institutions tombées alors en désuétude ont été supprimées, nous trouvons quelques lignes (7) au sujet de notre *senatus-consulte*. Le *digeste* (8) nous a conservé, également, deux passages des *libri ad Sabinum*, du même auteur, à propos des *senatus-consultes* Orphitien et Tertullien.

Tertullien, dans ses *Quaestiones*, devait traiter de l'obligation de demander des tuteurs, créée par Septime Sévère, car *Ulpien* y fait allusion (9).

Modestin, au troisième siècle, traita dans ses *regulae*, de la succession de la mère à ses enfants et des enfants à leur mère, comme nous en témoigne le *digeste* (10).

(4) Dig., 40-11-43, on lit « *Hadrianus imperator* ».

(5) Dig., 38-17, frag. 10.

(6) Dig., 38-17-5; 38-17-7; 50-16-231; 32-28; C. VI, 58, 14.

(7) *Ulpien*, Reg., 26, § 8.

(8) Dig., 38-17, 1 et 2.

(9) Dig., 38-17-2, § 44.

(10) Dig., 38-17-3 et 4.

Enfin, les *Institutes de Justinien* (11) nous donnent un aperçu synthétique de la matière.

Tout en déplorant que, d'une production aussi volumineuse, il ne nous soit parvenu que des lambeaux, il ne nous semble pas impossible d'en extraire les dispositions originaires du *senatus-consulte Tertullien*. En effet, les constitutions contenues dans le *code Théodosien*, ou reproduites dans le *Code de Justinien*, nous renseignent sur les modifications qui furent apportées, au cours des siècles, par les *leges*, au droit successoral de la mère. De plus, les ouvrages des jurisconsultes, reproduits dans le *digeste*, peuvent être dépouillés tout au moins d'une partie de leurs interpolations. Enfin, dans les commentaires, la règle initiale se détache des explications personnelles de l'auteur, car c'est elle qui leur donne naissance et c'est elle que celui-ci cherche à appliquer à des cas particuliers et au sujet desquelles il émet des hypothèses.

Donc, voici, ce nous semble, ce qu'édictait originairement le *senatus-consulte* :

La mère avait le droit, même si elle était en puissance, de recueillir l'héritage légitime de son enfant prédécédé intestat, mais à condition :

d'avoir, ingénue, le jus trium liberorum ; affranchie, quatuor ;

de faire adition d'hérédité ;

de ne se trouver en présence ni d'héritier sien (12) de son

(11) Just., Inst., III-3.

(12) Ferrini, dans ses *Pandette*, éd. 1900, p. 771, n. 1, prétend que la phrase : « si tamen ei filio neque suus heres sit quive inter suos heredes

fiis (13), ni de celui qui est appelé comme tel par le préteur, ni du père, ni du frère consanguin de son enfant ;

de partager l'héritage avec la sœur consanguine au défunt.

Les jurisconsultes cherchèrent à expliquer ce texte assez bref, en ajoutant à chaque terme, d'amples développements. De plus, des senatus-consultes ou des constitutions vinrent modifier les premières règles ou bien en ajouter de nouvelles. Nous allons donc essayer de montrer l'évolution de chacune des dispositions originaires du senatus-consulte, puis celle des conditions nouvelles qu'on imposa plus tard à son application :

Le jus liberorum et l'évolution de cette obligation

Le senatus-consulte Tertullien consacre donc une première victoire de la cognation, puisqu'il appelle une cognate à la succession *légitime*, mais c'est une victoire mitigée par les conditions imposées à la mère pour jouir de ce droit. La première de ces conditions est le *jus liberorum*.

Il faut que l'ingénue ait enfanté trois fois, l'affranchie, quatre, ainsi que nous le répètent Paul, Ulpien et Justinien dans ses *Institutes* (14).

Paul fait de cette disposition un ample commentaire. Il explique que les enfants doivent être venus vivants et à

ad bonorum possessionem a praetore vocatur », (Ulpien, Reg., 26-8), rapporte les paroles même du s. c.

(13) On ne s'occupe que des héritiers du fils, car les enfants de la fille ne pourront hériter de leur mère qu'en vertu du s. c. Orphitien de l'année 161.

(14) Paul, Sent., IV-9, § 1 ad s. c. Tert. ; Ulpien, Reg., 26-8 ; Just., Inst., III-3, § 2.

terme, et, se réclamant de l'autorité de Pythagore, il admet que l'enfant né le septième mois remplit cette dernière condition, car, d'après la doctrine du nombre, « *aut septimo pleno aut decimo mense partus maturior videatur* ». Mais il considère qu'une femme ayant mis au monde trois enfants à la fois, ne doit pas être tenue pour gratifiée du *jus liberorum*. Cette opinion semble en contradiction avec l'esprit du senatus-consulte, car un semblable événement enrichit l'état de trois nouveaux citoyens. On ne peut l'expliquer que par une interprétation trop étroite du juriste qui a pensé, comme il le dit, qu'il fallait trois accouchements séparés: « *non enim ter peperisse, sed semel partum fudisse videtur nisi forte per intervalla pariet* » (15). Paul est mieux inspiré (16) quand il exclut les monstres (17), mais accepte les enfants qui ont des membres en double (18). L'enfant simplement conçu ne profite pas aux autres tant qu'il n'est pas né (19) ; par conséquent, il ne doit pas compter pour l'acquisition du *jus liberorum*.

(15) Paul, Sent., IV, 9, § 2.

(16) Paul, h. t., § 3.

(17) Machelard, *Dissertation sur l'accroissement*, éd., 1860, p. 121, 122, fait remarquer que les jumeaux ou trijumeaux, de même que le partus monstruosus, permettaient à la femme de se soustraire aux peines de *l'orbitas*, édictées par les lois caducaires. (Paul, comm. sur les lois Julia et Papia, 1.137, De verb. sign. ; Ulpien, 1.135, De verb. sign. Et l'auteur en conclut, avec Cujas, Ramos, Heineccius, Glück et Savigny, que, si le s. c. Tertullien était plus exigeant à l'égard de la femme, c'est parce qu'il constituait pour elle un véritable privilège, « puisqu'il en résultait une dérogation au régime de la succession ab intestat ».

(18) Paul, h. t., § 4.

(19) Paul, de verb. sign., Dig. 50-16-231.

Mais la rigueur de ces dispositions a été adoucie de bonne heure, peut-être même dès l'apparition du *senatus-consulte*. En tout cas, dès le temps de Paul, les enfants que la mère avait perdus comptaient cependant pour lui donner droit à l'héritage (20), et, de même, cet auteur nous apprend (21) que la mère peut être gratifiée du *jus liberorum* par le bienfait du prince, (il est fort probable que cette faveur était obtenue moyennant finances). Un texte législatif de l'année 396 vient nous apporter une nouvelle preuve de la concession du *jus liberorum* par les empereurs : C'est une constitution d'Honorius et d'Arcadius (22) à Cesarius, préfet du prétoire, et qui déclare que pour leur faire cette demande, nulle condition d'âge ni de temps n'est imposée, mais seulement l'absence de tout espoir de maternité. Le ton de ce rescrit qui, suivant la tendance du Bas-empire où la sentimentalité semble de mode jusque dans la littérature juridique, s'apitoie sur le sort des malheureuses auxquelles le pouvoir impérial portera secours, montre qu'une évolution s'est produite dans les esprits : Sous l'influence du christianisme, les mœurs se sont purifiées. De sorte qu'on pourrait, sans doute, faire, déjà, à cette époque, la réflexion que nous trouverons, plus tard, sous la plume de Justinien (23) : « *Quid enim peccavit, si non plures, sed paucos, peperit ?* » et la situation de la femme sans enfant semble plus digne de pitié que de blâme.

(20) Paul, Sent. IV, 9, § 9.

(21) id.

(22) C. Th. VIII-17-1.

(23) Just., Inst. III-3-§ 4.

Déjà Constantin devait quelque peu partager cette opinion puisque, en 321 (24), il accorda à la femme n'ayant pas le nombre d'enfants requis pour succéder, un tiers de l'héritage, en présence de l'oncle paternel et des agnats qui auparavant, l'excluaient complètement. Et d'autre part, dans cette même constitution, il retire pour en gratifier l'oncle paternel, son fils et son petit-fils, même émancipés, un tiers de la succession de l'enfant défunt à la mère ayant le *jus liberorum*. Ce qui prouve qu'il n'attachait plus à cette condition, l'importance que lui accordaient les anciens empereurs. En 369, Valentinien et Valens prennent la même mesure (25), quand il s'agit d'un frère consanguin ou adoptif émancipé. Nous retrouvons, en 426, une constitution des empereurs Théodose et Valentinien (26) sur le même sujet. D'après l'*interpretatio*, ce rescrit ne ferait que reproduire les dispositions antérieures. Et comme cet acte législatif est daté de Ravenne, alors que le précédent l'était de Constantinople, on peut supposer qu'il vient établir, pour l'occident, le droit déjà en vigueur en orient ; cela semble être l'opinion de Cuq. D'ailleurs, cette constitution élargit ce droit en faveur de la mère, en lui accordant toujours les deux tiers de l'héritage, qu'elle ait ou non les trois ou quatre enfants exigés par le senatus-consulte.

Mais, comme l'évolution des institutions juridiques ne se produit, en général que lentement, il faut attendre encore pour voir la suppression complète du *jus liberorum*. Au premier abord, il semble que celle-ci ait été opérée par une constitution des empereurs Honorius et Théodose, en l'an

(24) C. Th. V-1-1.

(25) C. Th. V-1-2.

(26) C. Th. V-1-7.

410 (27). Mais un examen plus attentif peut susciter un doute à ce sujet : en effet, au code de Justinien, cette constitution est suivie d'un rescrit de Justinien lui-même à Menas, préfet du prétoire, en l'année 528, où cet empereur insiste sur le tort fait à la mère par les exigences du *jus liberorum*, et où il déclare vouloir réparer cette injustice en supprimant cette condition (28). De même, dans les Institutes (29), il s'étend encore davantage sur l'impiété de cette obligation. Et, mû, à la fois par un sentiment de compassion envers les souffrances de la mère et le péril qu'elle encourt, et par une considération d'équité, car il n'est pas juste de châtier celle qui n'a pas commis de faute, il donne aux femmes, qu'elles soient ingénues ou affranchies, le plein droit à la succession légitime de leur enfant, même si elles n'ont mis au monde que celui qui leur a été ravi par la mort. On ne comprendrait pas pourquoi Justinien se pose ainsi en redresseur de torts, si, un siècle auparavant, un de ses prédécesseurs avait déjà supprimé la condition du nombre de trois ou quatre enfants. D'ailleurs, une preuve positive vient nous montrer que le *jus liberorum* nécessaire à la mère pour hériter subsiste encore après la constitution de Théodose et Honorius qui paraissait l'abofir : deux rescrits de Théodose et de Valentinien adressés, en 426, l'un au préfet de Rome, Albinus (30), l'autre au Sénat de cette ville (31), parlent encore de la mère qui succède à ses enfants parce que « *liberorum jure subnixæ est* », et « *habens jus liberorum* ». Il faut en conclure que cette faveur du

(27) C. Th. VIII-17-3 ; C. Just. 8-58-1.

(28) C. Just. 8-58-2.

(29) Inst. 3-3-4.

(30) C. Th. V-1-7.

jus liberorum qu'Honorius et Théodose ont concédée à tous n'était pas celui exigé de la mère pour la rendre héritière. En effet, c'était aussi une condition imposée par la loi Papia aux conjoints pour qu'ils pussent disposer en faveur l'un de l'autre. Or, nous remarquons qu'une constitution des deux empereurs mentionnés ci-dessus, adressée, le 4 septembre, à Fl. Anthemius Isidorus (32), donne aux époux la *libera testamenti factio* même en l'absence d'enfants communs. Et comme le rescrit qui lui fait suite, abolissant le *jus liberorum* est de la même date et adressé au même personnage, il semble clair que la phrase qu'elle contient fait tout simplement partie du même texte dont elle forme la conclusion. Nous donnons à tous les *jus solidum capiendi ex suis testamentis*, même si les conjoints n'ont pas de postérité, donc, « que désormais, personne ne réclame de nous le *jus liberorum* puisque nous l'avons concédé à tous par cette loi ». Cette opinion est celle de Cujas, Godefroy, Schrader, Machelard; Girard et Cuq admettent aussi que le *jus liberorum* institué comme condition d'application du senatus-consulte Tertullien a été aboli par Justinien.

Esclavage. — Le senatus-consulte parle de l'ingénue et de l'affranchie ; par conséquent, de son silence au sujet de l'esclave, on peut déduire que celle-ci est exclue du bénéfice de la nouvelle loi. D'ailleurs, cette disposition est en accord avec le reste de la législation romaine où la personnalité juridique de l'esclave n'est pas reconnue, où la cognation servile ne donne pas accès à la *b. p. unde cognati* comme le rappelle Justinien dans ses *Institutes* (33) car,

(31) C. Th. V-1-8.

(32) C. Th. VIII-17-2.

(33) Just. Inst. III-6-§ 10.

dit Ulpien, au digeste (34), « il n'est pas facile de voir l'existence d'une cognation servile ». Mais pour que la parenté n'établisse pas de droit successoral, il faut que la naissance de l'enfant se soit produite pendant l'esclavage de la mère. Il en est autrement s'il est né d'une mère devenue libre, même si elle a conçu avant son affranchissement. Cela est admis pour la *bonorum possessio unde cognati*, comme nous en témoigne Gaius (35). Et le senatus-consulte qui, à beaucoup d'égards, n'est que le prolongement légal des réformes prétoriennes, est appliqué suivant la même conception. C'est ainsi qu'Ulpien, au digeste (36), envisage longuement les cas où la mère, ayant été privée, pendant un certain temps, de la liberté, peut cependant bénéficier du senatus-consulte : Quand elle a conçu, étant en esclavage, mais a enfanté une fois affranchie, même si elle était *serva poenae* ; ou bien lorsque elle aurait dû être affranchie en vertu d'un fideicommiss et qu'elle met son enfant au monde après l'accomplissement du délai fixé par ce fideicommiss. Lorsque son fils est né alors qu'elle était prisonnière des ennemis, mais ensuite qu'elle est revenue avec lui, ou bien a conçu pendant sa captivité, mais n'a accouché qu'une fois *redempta*. Quand elle a conçu en liberté, est devenue soit *serva poenae*, soit esclave ordinaire au moment de la naissance de son enfant, mais ensuite a été libérée ou affranchie. Cette dernière hypothèse est plus surprenante. On peut se demander s'il s'agit bien là d'une solution donnée par Ulpien ou d'une interpolation justinienne : car l'enfant né

(34) Dig. 38, frag. 1-§ 2.

(35) Dig. 38-8-2.

(36) Dig. 38-17-2 § 3.

d'une esclave suit normalement la condition de sa mère, et la libération ou l'affranchissement postérieurs de celle-ci ne lui confèrent pas la qualité de citoyen libre. Et la phrase « *et si libera concepit et in servitutem redacta edidit, mox manumissa est, ad legitimam hereditatem ejus admittetur* » est amenée par un *sed* qui ne se conçoit pas bien pour introduire une solution identique aux précédentes, et qui peut laisser supposer que les commissaires de Justinien ont supprimé la négation.

En somme, à part cette dernière règle qui ne doit pas être du temps d'Ulpien, on peut considérer que celui-ci accorde la succession à la mère dans tous les cas où l'esclavage de celle-ci n'est qu'un fait accidentel ou tout au moins temporaire, et n'entraîne pas la servitude de son enfant. Dans le cas contraire, elle ne peut plus jouir du privilège du senatus-consulte Tertullien, puisqu'une esclave ne peut pas hériter et qu'on n'hérite pas d'un esclave, celui-ci n'ayant pas de patrimoine propre, mais seulement un droit de jouissance sur le pécule qui continue toujours d'appartenir à son maître.

Et même l'héritage de l'affranchi n'ira pas à sa mère, car celle-ci a, de cette manière, cessé d'être, la mère de ses fils, nous dit Ulpien (37) rapportant l'opinion de Julien confirmée par Caracalla.

Capitis deminutio. — Donc, tout droit successoral est supprimé par la *capitis deminutio maxima*. Mais les autres *capitis deminutiones* produisent-elles le même effet? Ulpien au digeste (38), à propos du senatus-consulte Orphitien, rappelle la règle générale ; la *capitis deminutio* abolit les

(37) Ulp. au Dig. 38-17-2, § 2.

(38) Ulp. au Dig. 38-17-1, § 8.

successions déferées par la loi des douze tables, mais ne détruit pas celles instituées par une loi ou un senatus-consulte (à moins qu'il ne s'agisse de la *capitis deminutio magna*, qui enlève même le droit de cité, par exemple, par la déportation). Il semble que cette règle doive s'appliquer à la succession instaurée par le senatus-consulte Tertullien. D'ailleurs, Paul (39), prend soin de nous dire que, pour pouvoir hériter de sa progéniture, la mère doit être citoyenne romaine (ou latine ingénue ayant obtenu le *jus quirilium*) (40). Donc, si elle subit la *capitis deminutio media*, elle perd, avec la cité, ses droits à l'héritage de ses enfants. La seule *capitis deminutio* qui laisse intact le droit de la mère est la *minima* qui, en rompant les liens de parenté civile, laisse subsister la cognation, seule parenté envisagée par les auteurs du Tertullien, qui admet pour cette raison la mère à la succession de ses enfants naturels comme de ses enfants légitimes. C'est ce que nous apprend Justinien (41) après Ulpien (42) rapportant l'opinion de Julien. Et ceci est tout à fait en accord avec l'esprit du senatus-consulte, soit qu'on le considère comme l'épanouissement du système du préteur donnant la *bonorum possessio unde cognati* à tous les parents par le sang, qu'ils soient ou non issus de *justae nuptiae*, soit qu'on le regarde comme une mesure en faveur de la repopulation.

Mulier famosa. C'est ce qui nous explique que la mère ne soit pas privée de la vocation successorale quand elle

(39) Paul, Sent. IV-9-§ 1.

(40) Paul, Sent. IV-9-§ 8.

(41) Just., Inst. III-3-§ 7.

(42) Ulp. au Dig. 38-17-2 § 1.

est *famosa*, comme le déclare Ulpien (43). Au premier abord une telle décision peut sembler en contradiction avec la législation en vigueur du temps d'Hadrien. En effet, Suetone raconte (44) que Domitien priva les *probrosae feminae* de la capacité de recevoir des legs ou des hérédités. Et dans le digeste, un fragment du livre 18 des *disputationes* de Tryphonius (45) nous fait savoir qu'Hadrien, par un rescrit, refusa à de telles femmes le droit de recevoir par testament, les biens des militaires. Comme Fadda (46) nous dit que, sous ce nom de *probrosae* il faut comprendre aussi les comédiennes, que Justinien, probablement sous l'influence de Théodora, libéra de cette incapacité lorsqu'elles abandonnaient ce genre de vie, on pourrait peut-être penser que la phrase « *Si mulier sit famosa, ad legitimam hereditatem liberorum admittetur* » a été intercalée dans le passage d'Ulpien par les rédacteurs du digeste. Mais, à la réflexion, il semble que non. Si Hadrien a fait une exception en faveur de la femme de mauvaise vie, quand il s'agit de son droit à la succession de ses enfants, c'est sans doute qu'il a considéré qu'elle se réhabilitait jusqu'à un certain point, en accomplissant son devoir de citoyenne.

Femme en puissance.— Les auteurs du *senatus-consulte* n'ont pas voulu non plus que le fait d'être en puissance pût priver la mère de l'héritage de ses enfants (47). Il faut simplement dans ce cas, que son *paterfamilias* lui donne la

(43) Dig. 38-17-2 § 4.

(44) Suetone, Domitian, c. 8.

(45) Dig. 28-1-41 § 1.

(46) C. Fadda, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, éd. 1900, p. 183.

(47) Just. Inst. III, 3, 2.

permission de faire adition d'hérédité. Ce qui nous révèle l'existence d'une nouvelle condition d'obtention du *senatus-consulte* : la mère n'en est pas gratifiée de plein droit, elle doit le demander. C'est ce que nous prouve également le passage d'Ulpien (48) qui dit que si la mère ne fait pas adition de l'héritage de son fils ou de sa fille, comme il s'agit d'un droit préférentiel, elle est considérée comme renonçante et le droit ancien revient en vigueur. Dans ce cas, la succession est déférée au parent le plus proche au moment où elle répudie la succession.

Quand toutes ces conditions sont remplies par la mère, elle peut recevoir la succession de son enfant, pourvu, toutefois, que celui-ci soit capable de laisser un héritage et que d'autres héritiers ne la priment pas.

Enfants en puissance. — D'abord, il faut que le *de cujus* soit *sui juris*. Cette règle est formulée expressément par Pomponius (49), à propos du pécule du *filius familias* militaire qui, nous dit-il, n'est pas dévolu à la mère si le défunt n'a pas testé en sa faveur. Et elle se déduit de la législation existante : L'enfant en puissance n'a aucun patrimoine propre, son pécule est la propriété de son *paterfamilias* à qui il revient automatiquement, à la mort de *l'alieni juris*. Il est vrai que plusieurs constitutions ont augmenté le pouvoir du *filiusfamilias* sur son pécule : D'abord sur le pécule castrense : César permit, par une concession temporaire, aux soldats de faire un testament ; ce privilège leur fut renouvelé successivement par Titus, Domitien, Nerva, puis devint permanent à partir de

(48) Dig. 38-17-2, § 20.

(49) Dig. 38-17-10, Pr.

Trajan (50). Il fut étendu par Hadrien aux vétérans (51). Mais si le fils n'use pas de son droit de tester, son pécule militaire rentre, à sa mort, dans le patrimoine paternel. Il faut attendre jusqu'à l'époque de Justinien pour voir le pécule castrense des *filii familias* morts intestats, être dévolu, à titre de succession, aux enfants des défunts, ou à leur défaut, à leurs frères et sœurs ; ensuite seulement « *parentes eorum jure communi pertinebit* (52) ». Pour les autres biens que peut posséder le fils de famille, les modifications introduites au Bas-Empire n'arrivent pas à donner sur eux, à leur titulaire, un droit tel qu'ils puissent être dévolus à sa mort comme une succession ordinaire : Ainsi, le pécule *quasi-castrense* composé depuis Constantin par les gains faits par l'enfant occupant des charges de cour ; par le fils avocat depuis Théodose II, plus tard, fonctionnaire impérial ; clerc, sous Justinien, et, depuis cet empereur, par les donations faites par celui-ci ou l'impératrice, est considéré comme la propriété de son titulaire, mais une propriété restreinte puisque ce dernier ne peut, avant Justinien, même tester à son sujet, à moins d'un privilège spécial. Les biens adventices, c'est-à-dire venus, sous Constantin, de la succession maternelle (53), auxquels Honorius ajoute les biens acquis à titre gratuit de la mère ou des ascendants maternels, ne sont soumis qu'à la nue-propriété du fils, le père en conservant l'administration et la jouissance, et les reprenant en cas de prédécès de son enfant. Les empereurs Théodose et Valentinien font entrer dans cette catégorie la *donatio ante nuptias* faite à la fille, ou la dot reçue par le

(50) Dig. 29-1, Pr.

(51) Just. Inst., II, 12, pr.

(52) id.

(53) C. Th. VIII-18-2.

filis, et décident, par une constitution (54) de l'année 439, que ces avantages nuptiaux ne seront pas, au cas où *l'alieni juris* meurt avant son *paterfamilias*, transmis à celui-ci *jure peculü*, mais qu'ils seront déférés aux enfants du défunt. Ce n'est qu'en l'absence de postérité du *de cujus*, que ces biens seront attribués au père, et non au grand-père survivant, celui-ci en gardant, cependant, l'usufruit sa vie durant, ce qui montre que le droit du pécule subit alors une importante atteinte. Mais le droit de la mère sur cet héritage est encore inexistant. Léon et Anthemius, en 472, restreignent encore le droit du *paterfamilias* (55) en édictant que ces *lucra nuptialia* parviendront d'abord, à défaut d'enfants du défunt, à ses frères et sœurs issus du même mariage, ou à leur défaut, issus d'une autre union, et seulement si ceux-ci n'existent pas, aux « *parentes* » du *de cujus*. Justinien, en 529, étendra l'effet des constitutions précédentes (56) aux biens qui sont venus à l'enfant en puissance, soit de la libéralité de la fortune, soit de ses propres travaux, en résumé de toutes manières autres que par donation du *paterfamilias*, les pécules *castrense* et *quasi-castrense* exceptés, puisque, comme nous l'avons vu, ils forment une classe privilégiée. Mais auparavant, cet empereur s'était occupé des droits de la mère de *l'alieni juris*. En 528, laissant au père l'usufruit qu'il possédait déjà du vivant de son enfant, il accorde à la mère (57) la nue-propriété de la moitié de la succession, en présence de sœurs du défunt, et seulement d'une part virile si celui-ci laisse en outre des frères.

(54) C. VI-61-3.

(55) C. VI-61-4.

(56) C. VI-61-6.

(57) C. VI-56-7.

Enfant intestat. — Encore faut-il que le *de cujus* n'ait pas fait de testament. Cette condition est formulée par Justinien (58), et je l'ai considéré comme une disposition originaires, parce qu'elle se déduit naturellement de la législation romaine, où le testament occupe une place prépondérante. D'ailleurs, Ulpien (59), examinant le cas d'un impubère pour lequel son père a fait un second testament, mais aux biens duquel les substitués ont renoncé, en conclut que le défunt doit être assimilé à un intestat, et par conséquent, que sa mère pourra réclamer son héritage. Et il sera de même si l'impubère avait été adrogé. En effet, selon la rigueur des principes, l'adrogeant aurait dû avoir droit à sa succession, mais pour que les parents selon le sang, ou les légataires, ou les substitués en faveur de qui le père de l'adrogé aurait testé pour son fils, pussent revendiquer ses biens, on présuma que l'adrogé avait stipulé que s'il mourait impubère, sa succession serait déferée à ces catégories de personnes. Donc, les substitués renonçant, le testament est considéré comme nul, et la succession légitime s'ouvre.

(58) Just., Inst. III-3-2.

(59) Dig. 38-17-2, § 5.

CHAPITRE III

La résistance de l'agnation

Si toutes ces conditions sont remplies, la mère va-t-elle pouvoir toujours hériter de son enfant ? Non, car si la loi a fait une grande faveur à la cognation, en appelant à titre d'héritière légitime une personne qui n'est parente que par les liens du sang, celle-ci va se heurter à la résistance de l'antique privilège de l'agnation. Ce ne sont que les agnats éloignés qui seront dépouillés par cette étrangère qui se verra primée par les proches ascendants et descendants de sa progéniture. Voyons donc qui peut être appelé avant la mère :

Ascendants, Grand-père. — D'abord, la mère exclut le grand-père et l'arrière grand-père (1), mais dans quel cas ? Il est bien clair, d'après ce que nous avons dit de la succession de *l'alieni juris*, que ce n'est pas lorsque l'enfant meurt en la puissance de ces ascendants. Et c'est pourquoi les Institutes ajoutent : « toutefois quand le concours s'établit directement entre eux ». Mais examinons quelles circonstances peuvent rendre le fils *sui juris* du vivant de son grand-père : Il faut, soit que le grand-père ait changé de famille, par exemple par suite d'une adoption (le père n'existant plus ou n'ayant plus avec son fils aucun lien d'agnation), soit que le petit-fils ait été émancipé par le grand-père ou donné en adoption et devenu *sui juris* par la disparition de son père adoptif.

(1) Just., Inst. III-3-3.

En principe, le grand-père *manumissor*, qui, après les trois mancipations faisant sortir le petit-fils de sa puissance s'est fait retransférer la *causa Mancipi* et a, cette fois, définitivement libéré son descendant, acquiert sur lui, de ce fait, les droits du patronat, et, par conséquent, la *bonorum possessio unde cognati* sur ses biens. Mais le *senatus-consulte Tertullien* fait de la mère une héritière légitime, dont les droits sont plus forts que ceux des simples *bonorum possessores*. Et c'est pourquoi Ulpien conclut (2) que, dans le *Tertullien*, ni le grand-père, ni l'arrière grand-père ne nuisent à la mère, à quelque degré qu'ils « *contraxerint fiduciam* ».

Paul examine aussi le cas du grand-père *manumissor* (3) dans une hypothèse spéciale, et arrive à une conclusion opposée : Quand le fils *manumissus* par son aïeul meurt, laissant à son *manumissor*, son père et sa mère, le *jurisconsulte* se demande qui des trois aura le plus de droits ? La mère exclut-elle le grand-père *manumissor*, qui, d'après le droit commun, est préféré au père, celui-ci peut venir à la succession en vertu de l'édit du préteur, et nous verrons que le père prime la mère quand il revendique la succession à titre, soit d'héritier légitime, soit de *bonorum possessor* (4). Donc on arriverait à ce résultat qu'un simple cognat soit préféré au *bonorum possessor unde legitimi* qu'est l'émancipateur. Cette conclusion choque Paul qui l'écarte résolument. Mais on peut remarquer que, justement, la qualité d'héritière légitime donnée à la mère par le *senatus-consulte*

(2) Dig. 38-17-2, § 15.

(3) Dig. 38-17-5, § 2.

(4) Ulp. Reg. 26-8.

Tertullien n'empêche pas celle-ci d'être privée de la succession, par le père, simple *bonorum possessor*.

Père. — Cette faveur faite au père nous est rapportée explicitement ou implicitement par plusieurs auteurs : Justinien nous le dit en toutes lettres aux Institutes (5) « Le père du défunt ou de la défunte fait obstacle à la mère ». Lorsque le père avait le *de cujus* sous sa puissance, il n'y a pas le moindre doute à cet égard. Nous avons vu, d'ailleurs, que dans ce cas, ne s'ouvrait pas une succession proprement dite, mais que les biens de *l'alieni juris* revenaient au *paterfamilias, jure peculü*.

La question doit, au contraire, être examinée pour un fils devenu *sui juris* du vivant de son père. Cela peut se produire de différentes manières : le père a émancipé son enfant, il a, alors, la *bonorum possessio unde legitimi* sur les biens de ce dernier. Ou bien le père a donné son enfant en adoption, il conserve sur son héritage, un droit à la *bonorum possessio unde cognati*.

Ou encore le père lui-même a vu tout lien d'agnation rompu entre lui et son enfant, parce que le premier a subi une *minima capitis deminutio*.

De ces différents cas, seul, celui qui confère au père la *bonorum possessio cum re* lui donne un rang préférable à celui de la mère. C'est, du moins, ce que proclame Ulpien (6). Mais si la parenté civile a été supprimée entre l'enfant et son père par le passage de ce dernier dans une famille adoptive, Ulpien décide (7) qu'en présence d'un agnat, la

(5) Just. Inst. III-3, § 3.

(6) Ulp. Reg. 26-8.

(7) Dig. 38-17-2, § 17. Il est surprenant qu'Ulpien semble ignorer le senatus-consulte de l'année 176, qui accordait au père qui n'avait

mère exclut le père. En effet, le père n'est plus qu'un cognat de son fils. Il serait donc primé par un agnat. Mais le *senatus-consulte* appelle la mère avant les agnats, donc c'est elle qui succède. Il semble que, a contrario, en l'absence d'agnats, ce soit le père qui puisse revendiquer l'héritage. Ceci semble résulter de la suite du passage (8) où Ulpien nous dit que la sœur consanguine exclut le père ; mais, au cas de répudiation de la première, la présence du second empêche la mère de venir à la succession. Cependant, elle pourra obtenir la *bonorum possessio unde cognati*, en concours avec son mari.

Le même jurisconsulte précise que la primauté du père existe aussi quand il est *bonorum possessor contra tabulas*.

Mais le fait qu'un *bonorum possessor* soit préféré à l'héritière légitime devait susciter des doutes, car, au milieu du troisième siècle, nous voyons Modestin trancher de nouveau la question (9) : « Si la succession légitime du fils intestat revient au père *manumissor* ou que la *bonorum possessio* revienne au *non manumissor*, la mère du défunt est écartée ».

Une constitution de Dioclétien et Maximien, adressée à Rhésa (10), en 294, ne laisse subsister aucun doute au sujet du père *manumissor*. Celui-ci, nous disent ces empereurs, est préféré à la mère dans la succession des enfants communs, parce que « *ei sit vetus jus servatum* ».

plus son fils en puissance, et n'était pas non plus *manumissor*, un droit à la succession de son enfant défunt.

(8) Dig. 38-17-2, § 18.

(9) Dig. 38-16-10.

(10) C. 6-56-2.

Père adoptif. — Il s'agit, dans toutes ces hypothèses du père selon le sang, et non du père adoptif qui se voit écarter par la mère. Ulpien le déclare péremptoirement (11). Mais son opinion n'a pas dû être unanimement acceptée, car, après lui, Modestin écrit (12) sur un ton moins affirmatif : « La plupart jugent que le père adoptif ne fait pas obstacle à la mère ».

Il n'est pas étonnant de voir Ulpien refuser, en présence de la mère, l'héritage à un adoptant étranger, puisqu'il en prive également le grand-père maternel adoptant son petit-fils (13). Et dans ce cas, le père selon le sang est également exclu, parce que, par cette adoption, la mère est devenue sœur consanguine de son fils. C'est son titre de proche agnate qui la place avant le père qui n'est plus qu'un cognat de son enfant ; la suite du raisonnement du jurisconsulte nous le confirme, car il nous dit que si la mère répudie le droit de consanguinité ou le perd par une *capitis deminutio*, elle est privée du bénéfice du *senatus-consulte* par la présence du père, et ce n'est qu'au cas de renonciation de celui-ci à son droit de succession que la mère jouit de nouveau, du privilège du *senatus-consulte* Tertullien.

Ceci nous montre, à la fois, le caractère exceptionnel de la faveur faite à la mère, et la force que possède encore le lien d'agnation. Mais cependant, on n'accorde plus à la parenté civile tout son effet, que lorsqu'elle est, en même temps, jointe à une parenté naturelle, — c'est ainsi que le père adoptif étranger voit ses droits considérablement diminués, — et à une parenté naturelle très proche, puisque le

(11) Dig. 38-17-2, § 15.

(12) Dig. 38-17-3.

(13) Dig. 38-17-2, § 19.

père, simple cognat prime l'adoptant, même si celui-ci est en même temps grand-père de l'adopté.

Il semble donc que se poursuive l'évolution restreignant le cercle de famille : la vocation successorale des *gentiles*, appelés à défaut d'*heredes sui* ou d'*agnatus proximus*, est d'abord tombée en désuétude (14) ; maintenant, ce sont les antiques prérogatives du *paterfamilias* qui se trouvent réduites au profit du père selon le sang, ou même de la mère.

Justinien accentuera encore cette évolution (15) par sa constitution de 528, où il place la mère du *sui juris* au même rang que le père, en leur accordant à tous deux, l'usufruit des deux tiers de la succession, et où il donne à la mère de l'enfant en puissance, la nue-propriété, soit d'une moitié, soit d'une part virile de l'héritage dont le père a l'usufruit. Jusqu'à ce que, par les Nouvelles, il achève le triomphe de la parenté par le sang.

Seulement, ce droit de la mère, qui s'élargit progressivement, par rapport à celui du père, nous le verrons d'un autre côté, restreint de plus en plus, par l'accroissement de la vocation successorale des enfants du défunt.

Descendants : Enfants du fils défunt. — D'après le senatus-consulte, seuls les descendants du fils faisaient obstacle à la mère. C'est ce qu'affirment Paul (16), Ulpien (17) et Justinien (18) : Tous les fils sont préférés à la mère, nous dit le premier ; la mère est admise à la succession, si

(14) Gaius, 3, 17 : « totus gentilicium jus in desuetudinem abiisse ».

(15) C. 6-56-7.

(16) Dig. 38-17-6, pr.

(17) Ulp. Reg. 26-8.

(18) Just. Inst. III-3, § 3.

toutefois le fils ne laisse pas d'héritiers siens ou de descendants appelés par le préteur à la *bonorum possessio* parmi les héritiers siens, déclare le second ; et Justinien résume la question aux Institutes : Les héritiers siens ou *suorum loco*, soit du premier degré, soit d'un degré ultérieur, priement la mère. Au digeste (19), Ulpien est encore plus explicite en écrivant : Les enfants du défunt qui sont *heredes sui* font certainement obstacle à la mère de celui-ci, qu'ils soient du sexe masculin ou féminin, aussi bien les enfants par le sang que les adoptifs. La mère est aussi exclue par les *bonorum possessores*, même non héritiers siens et même ceux qui sont seulement naturels.

Nous pouvons dresser la liste des *heredes sui*, d'après les textes des jurisconsultes :

Pour Gaius (20), entrent dans cette catégorie : les enfants sous la puissance du *de cuius*, qu'ils soient liés à celui-ci par le sang ou par l'adoption, (d'ailleurs, Paul, au digeste (21), confirme cette dernière règle : le petit-fils engendré par le fils adoptif fera obstacle à la mère d'après les termes du senatus-consulte), les petits-enfants, les arrière-petits-enfants, etc., du défunt, à condition que l'ascendant qui les sépare du *de cuius* soit sorti de la puissance de celui-ci par la mort ou l'émancipation, les enfants posthumes, ceux admis par la loi Aelia Sentia ou le senatus-consulte après jugement.

Paul (22) ajoute à la liste de Gaius, les enfants naturels introduits dans la famille suivant les lois Julia et Papia

(19) Dig. 38-17-2, § 6.

(20) Collatio, tit. 16-2.

(21) Dig. 38-17-5, pr.

(22) Collatio, tit. 16-3.

Poppea, pourvu qu'ils soient en puissance et l'enfant revenu de chez les ennemis, ou émancipé par une double mancipation, ces deux faits survenant après la mort du père.

Les *bonorum possessores unde legitimi* (23) sont les descendants émancipés et leur progéniture, à condition qu'ils satisfassent à l'obligation du rapport, et les *civitate donatos*, c'est-à-dire les enfants nés d'un père pérégrin et qui ont reçu le droit de cité à un autre moment que leur père. Une constitution d'Anastase, au début du V^e siècle, permet aux enfants émancipés de venir à la succession de leur père comme s'ils n'avaient pas quitté leur famille d'origine, mais ils doivent laisser une part plus forte à ceux qui y sont restés. Ulpien, au digeste (24), formule expressément le droit du fils émancipé du défunt : Fait également obstacle à la mère, le fils émancipé du défunt quand il a reçu la *bonorum possessio*. Mais s'il revient sur sa décision et abandonne la succession par une *in integrum restitutio*, le droit de la mère se trouve rétabli. En effet, si les héritiers siens renoncent à l'héritage (25), d'après Africanus et Publicius la mère vient à la succession. Car le fils doit *adire hereditatem* (26). S'il néglige de le faire, il perd son droit au profit de la mère du *de cujus*, à moins, bien entendu qu'il n'y ait, en concours avec le fils, d'autres héritiers légitimes capables d'exclure la mère.

Enfin, la *bonorum possessio unde cognati* permet aux enfants naturels de venir à la succession de leur auteur (27).

(23) Ulp. Collatio, tit. 16-7.

(24) Dig. 38-17-2, § 10.

(25) Dig. 38-17-2, § 8.

(26) id. § 14.

(27) Depuis Hadrien, et dans le cas de fils de militaires, et même, peut-être seulement pour les légions cantonnées en Egypte.

Enfant donné en adoption. — Mais si, au lieu du défunt, c'est un de ses enfants qui est passé, par l'adoption, dans une autre famille, celui-ci aura-t-il une vocation successorale à l'héritage de son père selon le sang ?

Si nous appliquons strictement les principes, tout lien d'agnation est rompu entre lui et sa famille d'origine ; et si nous nous plaçons au point de vue de l'équité, il n'a plus besoin de la succession de son père selon le sang, puisque, devenu *heres suus* de son père adoptif, il est, de ce fait, candidat à l'héritage de ce dernier. Mais il est resté le cognat de sa famille naturelle et, à ce titre, peut demander la *bonorum possessio unde cognati*. Mais il semble que la mère du défunt doive le primer. C'est ce qui a dû se passer jusqu'au règne d'Antonin le Pieux. Car Ulpien nous rapporte (28) que ce monarque décida que, lorsque le *de cujus* laisserait une fille qu'il aurait donnée en adoption, le senatus-consulte Tertullien cesserait de s'appliquer, et la mère et la fille du fils décédé seraient appelées ensemble à la *bonorum possessio unde proximi cognati*. Julien a, lui aussi, commenté cette règle, en disant que le retard de la fille à demander la *bonorum possessio* faisait perdre à la mère le bénéfice du senatus-consulte. C'est Ulpien qui nous transmet cette opinion, qu'il contredit, d'ailleurs, car, pour ce juriste, le droit de la mère est seulement en suspens pendant la délibération de sa petite-fille : si celle-ci se décide à demander la *bonorum possessio*, la mère vient en concours avec elle ; si, au contraire, la petite-fille renonce ou laisse passer le délai, la mère est appelée à succéder à titre d'héri-

(28) Dig. 38-17-2, § 9.

tière légitime. En tout cas, cette *bonorum possessio unde proximi cognati* ne pouvait servir à la fille qu'en l'absence d'héritiers siens de son auteur, héritiers siens qui faisaient également, comme nous l'avons vu, obstacle à la mère.

Ulpien nous dit aussi (29) que les fils adoptifs émancipés sont préférés à la mère, pourvu qu'ils soient issus d'un enfant par le sang, par exemple le petit-fils adopté par son grand-père, puis émancipé, écartera la mère, quand il aura reçu la *bonorum possessio*. Ce qui montre une autre application de cette idée que l'agnation commence à avoir besoin d'être renforcée par les liens de la parenté naturelle.

Justinien, en améliorant le sort des enfants adoptifs (30), a laissé, dans ce cas l'adoption produire ses anciens effets (*adoptio plena*) : lorsque l'enfant est donné en adoption à un ascendant, l'adopté ne sera pas lésé, car il conservera l'espoir de succéder à son ascendant qui, même émancipateur, restera toujours pour lui un cognat. L'empereur a également admis l'*adoptio plena* dans l'hypothèse où l'enfant est donné en adoption par un ascendant à la succession duquel une autre personne lui fait obstacle, par exemple, quand un grand-père ayant en puissance un fils et l'enfant de celui-ci, donne ce petit-fils en adoption. Celui-ci n'a pas à regretter l'héritage de son ancien *paterfamilias* puisqu'un autre le lui enlevait, et qu'au cas de décès de celui qui lui faisait obstacle son adoption, de *plena* devient *minus plena*. L'adoption *minus plena* c'est celle de droit commun du temps de Justinien, par laquelle l'adopté reste dans sa famille d'origine et acquiert, de plus, des droits éventuels à la succession de l'adoptant. Donc, dans le droit

(29) Dig. 38-17-2, § 6.

(30) Just., Inst. III-10.

remanié par Justinien, l'enfant adopté du défunt et sa descendance *per masculos* écartent la mère.

Quant aux descendants par les femmes de l'enfant du *fils* défunt, comme ils ne font pas partie de l'ordre des *heredes sui*, ils ne devaient pas faire obstacle à la mère, jusqu'à un rescrit de Théodose I, Valentinien II et Arcadius qui décide (31), en 389, que les petits-fils et petites-filles prennent dans l'héritage de leur grand-père ou grand'mère, la part de leur mère défunte diminuée d'un tiers au profit de leurs oncles et tantes maternels, ce qui semble prouver qu'ils excluent la *mère* de leurs grands-parents défunts, leur arrière-grand'mère.

Cette constitution est confirmée, en 396, par Arcadius et Honorius (32) qui y ajoutent l'obligation faite aux petits-enfants, de rapporter à la succession des grands-parents, la dot de leur mère ou ce qu'elle a reçu « *tempore nuptiarum* » ou à défaut, de se contenter seulement de cette portion des biens maternels.

Et Théodose et Valentinien (33), en 426, ne laissent subsister aucun doute à cet égard, car ils déclarent que les petits-fils succèdent pour le tout à leurs père et mère, excluant complètement leur grand'mère, et qu'il en est de même des *arrière-petits-enfants*.

Droit de la mère suspendu. — Les jurisconsultes cités au digeste déterminent, en outre, la situation de la mère quand elle se trouve en présence d'héritiers éventuels à la succession de son fils :

(31) C. Th. V-1-4.

(32) C. Th. V-1-5.

(33) C. Th. V-1-8.

Petit-fils simplement conçu ou prisonnier. — Par exemple, le fils du défunt est aux mains des ennemis ou simplement conçu. Ulpien nous dit (34) que le droit de la mère est suspendu en attendant que cet enfant revienne ou naisse. Pomponius (35) précise que le droit de la mère sera entier quand le posthume ne naîtra pas ou sera mort-né, ou quand l'enfant prisonnier des ennemis n'obtiendra pas le *postliminium*, ou enfin, généralise-t-il, dans tous les cas où des personnes auraient pu faire obstacle à la mère et ne l'ont pas fait.

Mais si l'on a demandé la *bonorum possessio* en faveur du fils simplement conçu (36), donc à titre conservatoire, et que cet enfant meure aussitôt après sa naissance et avant que la *bonorum possessio* ait été acceptée, fera-t-il obstacle à la mère ? Non, si « *non suus patri adgnascitur* », le lien d'agnation ne s'est pas formé. De même, la *bonorum possessio* demandée pour un fou (37) qui meurt avant d'avoir recouvré la raison et sans avoir pu, par conséquent, la demander lui-même valablement, n'entrave pas le droit de la mère.

Enfant mort jeune ou dont l'état est contesté. — Par contre, quand la *bonorum possessio* est demandée par le tuteur d'un enfant en bas âge (38), et que celui-ci meure aussitôt après, cet acte prive la mère de son droit. En effet, le tuteur a agi valablement au nom de son pupille.

(34) Dig. 38-17-2, § 7.

(35) Dig. 38-17-10.

(36) Dig. 38-17-2, § 11.

(37) Dig. 38-17-2, § 11.

(38) Dig. 38-17-2, § 13.

Il est un autre cas où le droit de la mère est en suspens, c'est lorsque l'état de son petit-fils est contesté (39). La question d'état ne peut être résolue qu'après la puberté de l'enfant, mais, dans l'intervalle, celui-ci peut être envoyé en possession des biens de son père, en vertu de l'édit Carbonien. Cette possession nuira-t-elle à la mère du *de cujus* ? Ulpien répond que non : si, plus tard, le débat est tranché au détriment de l'enfant, ou si celui-ci meurt impubère, la mère est admise à la succession de son fils.

En résumé, nous voyons que la mère est souvent primée par les enfants de son fils.

Descendants de la fille défunte. — A l'origine, il n'en était pas de même quand il s'agissait de la succession de sa fille. Les descendants de celle-ci n'étant jamais héritiers siens ou suorum loco, ils ne pouvaient prétendre à l'héritage de leur mère, et le senatus-consulte Tertullien s'appliquait.

Mais, en 178, le senatus-consulte Orphitien vint appeler les enfants de la femme pourvue du *jus liberorum* à la succession de celle-ci. Donc, deux femmes gratifiées, toutes deux, du nombre d'enfants requis, entraient en conflit : l'une pour recueillir la succession de l'autre, cette dernière pour transmettre ses biens à ses enfants. Les droits semblaient égaux des deux côtés, peut-on conclure que l'héritage était partagé entre la grand'mère et ses petits-enfants ? Cela semble ressortir a contrario, des textes postérieurs : Justinien nous apprend (40) que ce sont les constitutions qui ont opposé à la mère de la défunte, le fils ou la fille de sa fille morte. Un rescrit de Dioclétien et Maximien (41) établit, en

(39) Dig. 38-17-2, § 12.

(40) Just., Inst. III-3-3.

(41) C. 6-56-2.

294, que le père *manumissor* est préféré à la mère, dans la succession du fils ou de la fille morts sans enfants, ni frères, ni sœurs. Cela paraît impliquer qu'auparavant, on pouvait croire au droit de la mère à un tel héritage ; mais cela ne nous dit pas si ce droit était partagé avec les enfants de la défunte quand celle-ci en laissait. Et d'autre part, il s'agit d'un cas spécial, de celui de la fille émancipée.

A propos de cette même fille émancipée, les empereurs Gratien, Valentinien et Théodose décident (42), en 383, que, même si elle n'a pas le *jus liberorum* ses enfants pourront recevoir sa succession, en écartant le père et la mère de la défunte.

Et en 426, Théodose et Valentinien, s'adressant au Sénat de Rome (43), consacrent le droit de tous les enfants à la succession de leurs père et mère, en écartant absolument la mère de la défunte, et étendent même cet avantage aux petits-enfants de cette dernière.

Il y a quelques exceptions au droit de succession des enfants à leur mère. N'en héritent pas, et par conséquent, ne font pas obstacle à la mère de la défunte :

Le fils citoyen romain au moment de la mort de sa mère, mais tombé en servitude avant l'adition d'hérédité (44), même si, ensuite, il redevient libre (sauf exception, peut-être, pour l'esclave *poenae* réintégré dans ses droits par le bienfait du prince) ; celui qui a loué ses services pour combattre les bêtes féroces, (car il a ainsi abdiqué sa liberté) ; ou celui qui a été condamné pour un crime capital et n'a pas été relevé de sa déchéance, et le fils en puissance de celui-ci.

(42) C. Th. V-1-3 ; C. VI-57-4.

(43) C. Th. VIII-18-10 ; V-1-8 ; Brev. Al. et C. 6-55-11 ; 6-56-5.

(44) Ulp. au dig. 38-17-1, § 4 (à propos du senatus-consulte Orfitien).

La suite du fragment les y admet, mais cette contradiction, amenée par « *sed humana interpretatione* » vient certainement d'une interpolation qui prouve que, là aussi, Justinien a modifié le droit antérieur.

Est encore privé de l'héritage de sa mère l'enfant qui a subi la grande *capitis deminutio* (45) qui enlève le droit de cité, par exemple, s'il est déporté. Les autres *capite deminuti* héritent en vertu du principe qui veut que la *capitis deminutio* abolisse les successions déférées par les douze tables, mais non celles accordées par une loi postérieure ou un senatus-consulte.

Collatéraux. — Si l'enfant décédé ne laisse ni père, ni descendance, l'intégralité de ses biens ira-t-elle forcément à sa mère ?

Non, pour cela, il faut encore que ne survivent ni frères ni sœurs du *de cujus*.

Frère consanguin. — Le frère consanguin, aussi bien du fils que de la fille, excluait la mère, nous dit Justinien (46). Selon Ulpien (47), la mère est faite héritière légitime, si toutefois, à ce fils, il n'y a pas de frère consanguin. Paul, dans ses sentences (48), exprime la même règle : La mère est exclue par le frère. Et au digeste, un fragment tiré de l'ouvrage du même auteur, sur les senatus-consultes Tertullien et Orphitien (49), assimile au frère consanguin, celui qui est entré dans la famille par adrogation. D'ailleurs, nous savons que les adoptés, du fait qu'ils tombent sous la puis-

(45) Dig. 38-17-1, § 8.

(46) Just. Inst. III-3, § 3.

(47) Ulp. Reg. 26-8.

(48) Paul, Sent. IV, 9, § 10.

(49) Dig. 38-17-7.

sance du *paterfamilias*, ont le même rang, que les enfants par le sang.

Donc, le *senatus-consulte* Tertullien, en préférant le frère à la mère, s'inspire de la vieille conception qui assure la prépondérance de la parenté masculine. Cette idée gardera de sa force encore longtemps, puisque, en 369, les empereurs Valentinien et Valens (50), et leur interprète au Code Théodosien, rappellent que le frère consanguin, c'est-à-dire né du même père, ou même adoptif, c'est-à-dire affilié par des actes devant la curie, exclut la mère de toute la succession. Et ces empereurs permettent au frère, même émancipé auquel auparavant, la mère était préférée, de prendre à celle-ci un tiers de l'héritage quand elle a le *jus liberorum* et deux tiers lorsqu'elle ne le possède pas.

Théodose et Valentinien étendent à l'occident (51), la règle que Valentinien et Valens avaient fixée en Orient, en répétant formellement qu'auparavant, le frère consanguin, *capite deminutus* par l'émancipation, était complètement exclu par la mère du *de cujus*.

Puis en 502, Anastase permet (52) au père qui fait émanciper son fils par un rescrit de l'empereur, d'obtenir de celui-ci, que les droits de l'enfant soient conservés intacts en dépit de cette mesure. Par conséquent, à ce moment, le frère consanguin émancipé dans ces conditions, doit priver la mère de la succession de son fils défunt. Justinien (53) déclare perfectionner la règle anastasienne en l'étendant à

(50) C. Th. V-1-2.

(51) C. Th. V-1-7.

(52) C. 6-58-11.

(53) C. 6-58-15, § 1.

tous les enfants émancipés qui peuvent, désormais, hériter de leurs frères et sœurs, restés ou non dans la famille.

En 528, Justinien décide (54) que si le *de cujus* était *sui juris*, la mère partagera avec le père l'usufruit des deux tiers de la succession, tandis que les frères et sœurs se répartiront entre eux le tiers restant de l'usufruit et recevront chacun une part virile de la nue-propriété du tout.

Et si le défunt était en puissance du père, celui-ci conservant l'usufruit qu'il possédait déjà, la mère, en présence de frères ou de frères et sœurs, aura comme chacun de ses enfants, droit à une part virile.

Enfin, Justinien appellera la mère en concours avec les frères, ou les frères et sœurs (55), aussi bien cognats qu'agnats, de telle sorte que le partage se fasse par têtes.

Sœurs du défunt. — Le désir de favoriser les parents masculins n'ayant plus à s'exercer quand le *de cujus* ne laisse que des sœurs, celles-ci n'excluent pas complètement la mère, comme le faisaient leurs frères.

Nous avons déjà vu, au temps du mariage avec *manus*, la mère être considérée *loco sororis* de son fils. Il semble que le senatus-consulte Tertullien contienne une réminiscence de cette attitude, puisqu'il décide que, si le défunt laisse une sœur, la mère partagera la succession avec elle :

C'est ce que Paul (56), Ulpien (57), Justinien, aux Institutes (58) nous répètent à l'envi. Mais, justement, du passage des Institutes, comme des Sentences de Paul, il

(54) C. 6-56-7.

(55) Just. Inst. III-3, § 5.

(56) Paul, Sent. IV-9, § 10.

(57) Ulp. Reg. 26-8.

(58) Just. Inst. III-3, § 3.

semble qu'on puisse inférer qu'à l'origine, la mère et les sœurs avaient droit chacune à une part virile, et que c'est par la suite seulement, que la mère eut droit à une moitié, et les sœurs, si nombreuses fussent-elles, à l'autre moitié de l'héritage. Nous trouvons, en tout cas, en 382, une première trace de cet avantage fait à la mère par rapport à ses filles, dans une constitution de Gratien, Valentinien, et Théodose (59), où la mère est appelée à recevoir, dans l'héritage d'un *fil*s défunt, une part égale à celle des sœurs de celui-ci, et dans la succession d'une *fil*le décédée, la moitié, tandis que les sœurs se partageront l'autre moitié. Peut-être, après tout, en était-il ainsi dès l'origine, car les auteurs du rescrit se réfèrent au senatus-consulte pour rappeler cette règle.

Cette distinction entre l'héritage du fils et celui de la fille ne semble plus faite, en 426, par Théodose et Valentinien (60), qui paraissent attribuer à la mère du fils ou de la fille défunte, la moitié de la succession, en présence de sœurs. Justinien consacre également ce mode de partage, dans les *Institutes* (III, 3, § 5).

Frères et sœurs. — Mais il peut arriver que le défunt laisse à la fois des frères et des sœurs. Dans ce cas, ceux-ci se partagent la succession dont la mère se trouve écartée. C'est ce que nous disent les *Sentences* de Paul (61) et Justinien aux *Institutes* (62).

Nous avons vu qu'il fallait attendre la constitution de 528, puis les *Novelles*, pour que le même empereur admit

(59) C. Th. III-8-2.

(60) C. Th. V-1-8.

(61) Paul, *Sent.* IV-9, § 10.

(62) Just. *Inst.* III-3-3.

la mère à partager avec ses filles et fils survivants, la succession de son enfant prédécédé.

Victoire partielle des agnats. — D'après les dispositions du senatus-consulte, aucun autre collatéral du défunt ne faisait obstacle à la mère.

Constantin crut bon de faire une part à l'oncle paternel, dans la succession de son neveu.

Oncle paternel et sa descendance. — Dans l'esprit de ce monarque, les sentiments en faveur de la mère semblent lutter avec le souci de maintenir la puissance numérique des citoyens de l'empire, et l'antique préférence du droit romain pour les agnats, puisque, en 321, s'adressant à Bassus, *praefectus urbi*, cet empereur décrète (63) que la mère, *n'ayant pas le jus liberorum*, ne sera plus, désormais complètement exclue par les agnats, et en particulier par l'oncle paternel et ses descendants, mais qu'elle concourra avec ces derniers pour un tiers de l'héritage de son fils ; mais aussitôt, Constantin semble saisi d'un scrupule : il paraît craindre qu'on ne lui reproche d'être trop libéral envers une cognate. Et il s'empresse d'enlever à celle qui a le *jus liberorum*, le tiers qu'il a donné à celle qui en était privée, pour en gratifier l'oncle paternel, son fils et son petit-fils, même si le lien d'agnation qui unissait ceux-ci au *de cujus* a été rompu, par exemple, par l'émancipation. Il facilite également l'accession à l'héritage, en décidant qu'il n'est pas nécessaire qu'ils fassent adition d'hérédité, que la *bonorum possessio* est présumée, sans toutefois, si ceux qui en profitent viennent à mourir, que le bénéfice de cette disposition soit transmis à leurs héritiers.

Ce droit de l'oncle paternel, que Constantin avait aug-

(63) C. Th. V-1-1.

menté, va se voir diminué par Valentinien et Valens (64), en 369, non pas d'ailleurs, au profit de la mère, mais pour avantager le frère consanguin émancipé. Celui-ci écartera, désormais, l'oncle paternel et sa progéniture, et viendra partager la succession avec la mère, dans une proportion que nous avons déjà rapportée (65).

Nouvelle offensive des cognats. — Théodose et Valentinien, dans une constitution (66) de 426, que nous avons déjà citée restreignent le droit du *patruus* et des cousins et petits-cousins du défunt, au tiers des biens de celui-ci, la mère prenant les deux autres tiers, qu'elle soit ou non gratifiée du *jus liberorum*.

Justinien sentit ce que ces mesures avaient de contradictoire, en favorisant la mère, d'un côté, pour lui nuire, de l'autre. Et dans un but d'équité, nous dit-il (67), autant que de simplification, il appela la mère, délivrée de toute condition de nombre d'enfants, à la succession du défunt, avant toutes les « *personae legitimae* » à l'exception des frères et sœurs, avec qui elle dût toujours partager.

Telles sont les dispositions originaires du senatus-consulte Tertullien, et l'évolution qu'elles ont subie au cours des siècles.

(64) C. Th. V, 1-2.

(65) Supra, p. 82.

(66) C. Th. V-1-7.

(67) Just. Inst. III-3, § 5.

CHAPITRE IV

Nouvelles conditions imposées à la mère par les leges

Si certaines conditions d'accession de la mère à la succession de ses enfants s'atténuèrent peu à peu pour enfin disparaître, par contre, les empereurs rendirent, sur certains points, cette accession plus difficile, en imposant à la mère de nouvelles obligations. Mais il faut remarquer que ces nouveaux obstacles à l'application du *senatus-consulte* Tertullien procèdent d'un tout autre esprit que les précédents : Ce ne sont plus des entraves à un droit qui semblait exorbitant et en contradiction avec l'ancienne conception de la constitution de la famille, mais l'accomplissement du devoir de protection envers les enfants que les constitutions sanctionnent. Ces réformes visent, en effet, l'obligation de faire nommer des tuteurs aux impubères, et les déchéances consécutives aux secondes noces.

Obligation de pourvoir de tuteurs, les impubères

La première fut édictée par Sévère, dans un rescrit à Cuspius Rufinus auquel Ulpien fait allusion (1), et qui est cité par Modestin (2). La chronologie de Goyau nous apprend que le destinataire du rescrit fut consul en 197, ce qui nous permet de dater approximativement cet acte : « Je

(1) Dig. 38-17-2, § 23.

(2) Dig. 26-6-2, § 2.

veux », y dit l'empereur, « qu'il soit clair pour tous que je
« mets tout mon soin à venir à l'aide des pupilles, comme à
« une affaire qui regarde le bien public. Et c'est pourquoi
« la mère qui n'aura pas demandé pour ses fils, des tuteurs
« idoines, ou les premiers demandés ayant été excusés ou
« rejetés, n'en aura pas aussitôt demandé d'autres, n'aura
« pas le droit de revendiquer pour elle les biens de ses fils
« intestats ».

La mère ainsi privée de sa qualité d'héritière légitime, ne peut venir à la succession à un autre titre, par exemple comme *bonorum possessor*. Si elle n'a pas rempli la condition, elle est impitoyablement écartée, de telle sorte que ce sont les agnats, ou même à leur défaut, d'autres parents qui reçoivent l'héritage, et en l'absence de tout successible, la succession reste vacante. C'est ce qu'ont décidé, d'après Ulpien (3), Septime Sévère et Caracalla, dans un rescrit à Mammia Maximina, sous le deuxième consulat de Plautien, c'est-à-dire en 203.

Pour Modestin (4), la mère est, en outre, punie d'une amende.

A qui la mère doit-elle s'adresser pour faire nommer des tuteurs à ses enfants ? Au préteur, à Rome ; aux magistrats municipaux, dans les provinces (5).

Il faut qu'elle fasse sa demande de son plein gré, et non forcée par des affranchis ou des parents, mais ceux-ci peuvent suppléer à son absence, ou à son ignorance en la prévenant (6). Ce que la loi punit, c'est l'abstention voulue :

(3) Dig. 38-17-2, § 47.

(4) Dig. 26-6-2, § 1.

(5) Dig. 38-17-2, § 23.

(6) Dig. 38-17-2, § 24.

Car la femme est déchue de son droit, même si elle a demandé, mais pour la forme, quelqu'un qui pouvait être libéré ou rejeté (7).

Ulpien, qui étudie le même cas, y apporte des distinctions subtiles, qui sont peut-être dues aux remaniements des commissaires de Justinien : Il commence par poser en principe que la mère est punie, non seulement si elle n'a pas requis de tuteurs pour ses enfants, mais encore si elle l'a fait négligemment par exemple, si elle a demandé, à dessein, quelqu'un qui est protégé par un privilège ou qui est déjà chargé d'une tutelle. Il y a une différence entre la simple négligence et le mauvais dessein, ce qui peut permettre de supposer qu'au début, le seul fait de présenter pour la tutelle, un individu qui pût la rejeter, devait être imputé à faute à la mère. Ensuite, la rigueur du droit s'est atténuée, et « *humana interpretatione* », on a dû admettre qu'il faudrait non seulement que la mère eût été négligente, mais animée d'intentions frauduleuses, et l'on a ajouté : « *Sed ita demum, si data opera, hoc fecit* (9) ».

En tous cas, si ceux qui pouvaient refuser la tutelle l'ont acceptée, la mère est absoute.

Par contre, la règle garde toute sa force quand la mère présente des « *indignos* » c'est-à-dire des gens n'ayant pas les capacités voulues pour exercer une tutelle (10) ; même si le prêteur nomme ceux-ci, la mère doit être punie. Mais faut-il exiger encore de la mère d'être absolument certaine de la solvabilité ou de la moralité des personnes qu'elle propose ? (11) Ulpien en doute.

(7) Dig. 26-6-2, § 1.

(8) Dig. 38-17-2, § 32.

(9) Dig. 38-17-2, § 32.

(10) Dig. 38-17-2, § 34, 35, 36.

(11) Dig. 38-17-2, § 37.

Ce qui est certain, c'est que les tuteurs qui auront été excusés ou rejetés doivent être aussitôt remplacés (12). C'est ce que disait l'épître de Septime Sévère). Ulpien pense : « bien que » dit-il « la constitution soit muette à ce sujet », que de nouveaux tuteurs doivent être proposés par la mère, même dans le cas où, de la liste qu'elle a présentée, tous ne se trouvent pas rayés. Par « rejetés », Ulpien entend ceux que le prêteur n'a pas accepté de nommer à cause de leur négligence ou de leur ignorance, ou ceux qui ont été exclus, plus tard, pour les mêmes raisons.

Ce n'est pas une faute pour la mère de n'avoir pas rendu suspect un tuteur qui a mal géré la tutelle (13), car, explique Tryphoninus (14), c'est le propre d'un homme d'estimer des faits de ce genre, et la responsabilité de la femme est dégagée du moment que le prêteur a ratifié son choix, puisqu'il y a toujours lieu à un examen de la part du prêteur, même pour les tuteurs donnés par la mère à ses enfants dans un testament portant sur les biens propres de celle-ci.

Mais quand des tuteurs ont été accusés comme suspects, et qu'il a été décrété de les remplacer par d'autres, l'obligation de la mère renaît (15).

Tryphoninus estime, au livre 13 des *disputationes* (16), que si, parmi plusieurs tuteurs idoines donnés au pupille, l'un vient à mourir ou à être excusé, la mère qui ne lui

(12) Dig. 38-17-2, § 39.

(13) Dig. 38-17-2, § 41.

(14) Dig. 26-6-4, § 4.

(15) Dig. 26-6-4, § 2.

(16) Dig. 26-6-4, § 1.

suscite pas un remplaçant, parce que le nombre de ceux qui restent, est suffisant pour administrer la tutelle, doit être excusée, si l'on veut appliquer, non la lettre, mais l'esprit de la constitution.

C'est cette même largeur d'interprétation qui conduit Ulpien (17) à considérer la mère absoute, si elle n'a pas pourvu d'un tuteur son fils insolvable. En effet, les constitutions ordonnant la nomination de tuteurs dans l'intérêt des impubères, la mère s'est conformée à leur but, lorsqu'elle a soustrait son enfant aux poursuites des créanciers en le laissant *indefensus*.

On considère également comme n'ayant pas de biens propres, l'enfant qui ne recevra la succession de son père qu'une fois devenu pubère, car le père a institué sa femme héritière, en lui demandant de restituer l'héritage à leur fils au moment de la puberté de ce dernier(18). Mais il faut que la bénéficiaire de l'héritage ait été dispensée de fournir caution. En effet, cette exemption peut être considérée comme un acte de confiance du défunt envers les qualités de bonne administratrice de sa femme; à laquelle, par conséquent, le *de cujus* a remis la succession sans aucune restriction. Au contraire, si la caution n'est pas libérée, cela prouve qu'on devra veiller à la bonne gestion du patrimoine du défunt, pour le remettre dans son intégralité aux enfants devenus pubères, et, par conséquent, il faut faire donner des tuteurs à ceux-ci.

Mais le père peut avoir formellement défendu la demande de tuteurs, parce qu'il voulait que les biens fussent ad-

(17) Dig. 38-17-2, § 45.

(18) Dig. 38-17-2, § 46.

ministérés par sa femme. Ulpien nous dit que celle-ci ne doit pas se conformer à la volonté de son mari, sous peine de déchéance (19).

En effet, de son temps, les femmes n'avaient pas le droit d'être tutrices. La phrase de Neratius, un des conseillers d'Hadrien, rapportée au digeste (20), était encore vraie : « Les femmes ne peuvent pas être tutrices, car c'est une charge masculine ». Et cette interdiction se maintiendra encore au troisième siècle, où Papinien peut déclarer (21) : « Par notre droit, c'est en vain que la tutelle des enfants communs est confiée à la mère par le testament paternel, et si le gouverneur de la province, se trompant par ignorance, a décidé qu'il fallait suivre la volonté du père, son successeur aurait tort de suivre sa décision que nos lois n'admettent pas (22) ».

Ce n'est qu'en 390 que nous voyons, pour la première fois, la tutelle confiée aux femmes : Dans une constitution de Valentinien, Théodose et Arcadius (23), ces empereurs admettent à la charge tutélaire, la mère des impubères (24), mais sous une série de conditions : d'abord, que le tuteur légitime fasse défaut par excuse, maladie, insanité, suspi-

(19) Dig. 38-17-2, § 25.

(20) Dig. 26-1-18.

(21) Dig. 26-2-26.

(22) Cf. également Dig. 26-7-5, § 8.

(23) C. Th. III-17-4 ; C. 5-35-2.

(24) C'est ce qui a permis aux rédacteurs du digeste d'ajouter à la phrase de Neratius « Les femmes ne peuvent pas être tutrices », la restriction suivante : « A moins qu'elles ne demandent spécialement au prince la tutelle de leurs fils », 26-1-18.

cion ; ensuite, que la mère soit majeure ; puis, qu'elle promette de ne pas se remarier. Si, après un tel engagement, elle vient à manquer à sa promesse, les biens de son second mari serviront de gage, avec les biens de la femme, pour la reddition du compte de tutelle.

D'ailleurs, la femme n'est nullement obligée d'accepter la tutelle. Si elle ne se reconnaît pas les qualités nécessaires pour l'exercer, ou si elle souhaite se remarier, elle peut fort bien renoncer à cette charge. Dans ce cas, à Rome, le préfet de la ville s'adressera au préteur tutélaire, dans les provinces ce seront les juges qui, après enquête, donneront des défenseurs aux mineurs.

En 439, un rescrit de Théodose et Valentinien (25) pose cette règle générale : Ceux qui sont appelés à la succession d'un pupille auquel ils n'avaient pas demandé de tuteur dans l'intervalle d'une année après la mort de son père, doivent être écartés de la succession de l'impubère, qu'elle soit déférée ab intestat ou par droit de substitution (26). Par conséquent, cette règle s'applique à la mère, héritière légitime en vertu du *senatus-consulte*. Et nous remarquons que l'héritage lui échappe, même s'il devait lui revenir par substitution, alors qu'auparavant, dans ce cas, elle pouvait le recevoir (27). Ensuite, le même rescrit annule une constitution antérieure qui frappait d'infamie et enlevait le libre pouvoir de faire un testament ou une donation, à la mère qui n'avait pas pourvu de tuteurs ses enfants mineurs.

(25) Nov. Th. XI De tutoribus ; C. 6-56-6.

(26) Egalement C. VI-58-10.

(27) Dig. 26-6-4, § 3.

Quant à celle qui, après avoir prêté serment de ne pas se remarier, s'est fait remettre la tutelle, — maintenant, on exige d'elle un serment, alors que cinquante ans plus tôt, on ne lui demandait qu'une promesse « actis », probablement sur les registres municipaux — ne tient pas son engagement, mais se remarie avant d'avoir fait nommer à son fils un autre tuteur, et lui avoir rendu le compte de tutelle, cette mère sera également privée de tout droit à la succession de son enfant (28), et les biens du second mari seront joints à ceux de la femme comme gage pour la reddition du compte de tutelle (29). Nous avons déjà vu cette mesure dans la précédente constitution. Faut-il penser que celle-ci la repète pour ne laisser aucun doute à cet égard, ou que, donnée à Constantinople alors que l'autre émanait de Milan, elle étend à l'Orient une règle déjà en vigueur en Occident ?

Ce qui précède nous montre que la phrase : « la mère sera déchuë, à moins qu'elle n'administre légitimement la tutelle (30) », est prêtée gratuitement à Ulpien, et provient en réalité, d'un interpolateur qui a tenu compte de constitutions postérieures à ce jurisconsulte.

Nous avons vu que la nomination des tuteurs était imposée à la mère dans l'intérêt de l'impubère. Or, il peut se faire que cette obligation se retourne contre lui ; Ulpien nous en cite un exemple (31) : Un legs important a été laissé au pupille à condition que celui-ci n'ait pas de tuteur.

(28) Egalement C. VI-56-6.

(29) Egalement C. VIII-14-16.

(30) Dig. 38-17-2, § 25 in fine.

(31) Dig. 38-17-2, § 44.

Si, pour enrichir son enfant, la mère obéit au désir de l'auteur du legs, sera-t-elle cependant condamnée ? Ulpien, s'inspirant de l'esprit de la constitution, pense que celle-ci sera sans effet, et que la mère ne sera pas punie. Les compilateurs ont ajouté : « *Si damnum minus sit cumulo legati* », ce qui provoque l'indignation d'Appleton (32). « Accorder, « dit-il, la succession de ses enfants à la mère, ou l'en priver « suivant que ceux-ci ont gagné ou perdu à l'absence de « tuteur, ce n'est pas digne d'Ulpien. C'est une peine extrêmement grave que la perte de la succession : elle ne « peut dépendre pour la mère d'un hasard, de ce hasard « qui fait que le préjudice éprouvé par les enfants à raison « de l'absence de tuteur dépasse le montant du legs. D'ailleurs, il ne sera pas toujours facile de déterminer au juste « le dommage que les enfants ont pu subir de ce chef.

« Et dans quelle situation met-on la mère ? Il faut « qu'elle fasse à ses risques et périls, le calcul de ce que ses « enfants pourraient bien perdre, dans l'avenir, faute de « tuteur. C'est la forcer, en pratique, à prendre toujours le « parti qui n'offre pour elle aucun danger, c'est-à-dire de « leur faire donner des tuteurs ».

Pour l'auteur des lignes qui précèdent, cette interpolation a été inspirée par la règle qui s'applique aux magistrats municipaux. En effet, ceux-ci peuvent être poursuivis quand ils n'ont pas fait nommer de tuteurs aux impubères. Dans le cas où leur abstention a été dictée par la clause d'un testament gratifiant le mineur, ils ne seront tenus « que de « la différence entre le legs et le préjudice : c'est-à-dire que « dans la mesure où leur abstention a été nuisible aux

(32) Appleton, *Des interpolations dans les pandectes*, p. 83 et suiv.

« enfants. Et c'est », dit Appleton, « parfaitement juste ».

Ou bien, propose Ulpien, ne pourrait-on pas considérer la condition comme non écrite parce qu'elle s'attaque à l'intérêt général ?

Si l'on suppose que cette clause a été réellement écrite et non qu'un conseiller rusé l'a imaginée pour excuser la mère de n'avoir pas même fait demander des curateurs (qui eussent sauvegardé les intérêts des pupilles sans violer la clause du testament), Ulpien incline en faveur de la solution qui absout la mère, même si elle n'a pas sollicité du prince l'abolition de la condition.

Délai de la demande. — Lorsque la femme est obligée de pourvoir ses enfants de tuteurs, quel délai lui est-il imparti pour faire sa demande ?

« *Confestim* » (33), disait la constitution de Sévère qui, dans son zèle envers les pupilles voulait les voir au plus vite, pourvus d'un défenseur. Mais, dans la pratique, on dut s'apercevoir qu'on ne pouvait punir la veuve qui, aussitôt après la mort de son mari, ne se précipitait pas chez le préteur pour lui demander des tuteurs pour sa progéniture, et Ulpien explique qu'il faut entendre *confestim* d'une manière large : la mère devra obéir à la constitution le plus tôt possible, à moins que la maladie ou une cause grave ne l'en empêchent.

Les constitutions postérieures furent plus précises et limitèrent à une année le délai pendant lequel la demande put être faite utilement. C'est pourquoi les commissaires de Justinien ont ajouté au fragment d'Ulpien : *ita tamen, ut*

(33) Dig. 26-6-2, § 2.

« *nullo modo annale tempus excederet* », durée que nous retrouvons également indiquée aux institutes (34).

Donc, si l'enfant meurt dans l'intervalle, la mère ne sera pas en faute. Il en est de même s'il décède après la puberté, comme nous l'apprend un rescrit de Constantin à A. Catullinus (35). Et ceci est compréhensible, car l'enfant pubère aurait pu faire un testament pour l'exhérer.

La mère est également excusée quand elle est mineure de vingt-cinq ans. C'est ce que décident Dioclétien et Maximin (36), en 294.

Mais puisque la mère peut prétendre à la succession de ses enfants naturels comme de ceux qui sont issus de « *justae nuptiae* », elle a également les mêmes devoirs envers les premiers et les seconds. Elle doit donc les pourvoir de tuteurs. Zénon le rappelle à Dioscore (37), en 479.

Secondes noces. — Le souci de la protection des mineurs qui avait poussé Septime Sévère et ses successeurs à obliger la mère à les pourvoir de tuteurs sous peine de se voir exclure de leur succession, inspirera également aux empereurs les constitutions visant les secondes noces. Ils penseront que le mineur est exposé à être lésé par un beau-père, et pour empêcher la mère de se remarier, ils la menaceront de la priver d'une partie de l'héritage de ses enfants défunts.

D'ailleurs, cette tendance ne se manifeste qu'au quatrième siècle de notre ère, alors que la mentalité des empereurs a été imprégnée de christianisme. En effet, celui-ci

(34) Just., Inst. III-3, § 6.

(35) C. VI-56-3.

(36) C. II-35-2.

(37) C. V-31-II.

considère les seconds mariages avec défaveur, non seulement parce qu'ils sont préjudiciables aux enfants du premier lit, mais parce qu'ils sont contraires à l'amour exclusif et plus fort que la mort, que les époux se doivent l'un à l'autre, et en opposition avec l'idéal de pureté que propose la religion.

Les auteurs chrétiens insistent sur ces idées, en particulier Saint Jean Chrysostome qui écrivit tout un traité contre les secondes nocces, et flétrit, dans son *Traité de la virginité*, le second mariage, tant de l'homme que de la femme(38).

C'est conformément à cette opinion que Gratien, Valentinien et Théodose décrètent (39), en 380, que si la femme se remarie trop vite, elle sera frappée d'infamie, et ne sera relevée de cette déchéance qu'à condition de gratifier les enfants issus du premier mariage, de la moitié de tous les biens qu'elle a reçus de leur père. Ils spécifient que si un de ces enfants vient à mourir, la mère ne pourra prétendre à succéder à la part de cette moitié que cet enfant avait reçue, que s'il ne survit au défunt ni frère, ni sœur.

En 382, les mêmes empereurs (40) ajoutent que la mère, en présence de sœurs de la défunte, ne recevra la moitié de l'héritage qu'à titre d'usufruit, à charge de le transmettre, à sa mort, à ses enfants du premier lit, survivants. Ils recommandent, d'ailleurs, aux hommes remariés d'agir de même, mais seulement à titre de conseil.

Ce souci de conserver dans la famille, les biens paternels, se révèle plus nettement encore, dans une constitution

(38) Saint Jean Chrysostome: *Traité contre les secondes nocces*, liv. I, § 2; liv. II; de la virginité: § 37.

(39) C. VI-56-4.

(40) C. Th. III-8-2; C. V-9-3.

émanant de Théodose et de Valentinien (41), en 426. Ces empereurs décident d'accorder à la mère non remariée, toute la succession de son fils ou de sa fille morts sans enfants. Tandis que si elle a convolé en secondes noces, elle n'acquerra la propriété complète que des biens venus du dehors à ses enfants, mais ne pourra jouir que de l'usufruit des biens paternels du *de cujus*, la propriété devant en être transmise aux frères et sœurs de celui-ci.

Nous avons remarqué, à propos de la tutelle, que celle-ci n'était pas accordée à la mère remariée (42).

Donc, au cours de cette évolution qui s'est produite depuis le senatus-consulte Tertullien jusqu'à la promulgation des Novelles de Justinien, la famille cognatique a vu progressivement ses droits se préciser et s'affermir : la mère en particulier, peu à peu dégagée de l'obligation du *jus liberorum* a monté de degré en degré dans l'ordre des successibles, jusqu'au rang du père, partageant avec lui l'usufruit des deux tiers de la succession du défunt *sui juris*, ou prenant la nue-propriété d'une moitié de l'héritage de l'enfant en puissance, dont le père ne garde que l'usufruit (43).

Mais toutes ces réformes fragmentaires, s'accumulant les unes sur les autres, pour se greffer sur les dispositions originaires du senatus-consulte Tertullien, formaient un tout complexe et inharmonique, qui devait choquer l'esprit clair et méthodique de Justinien. Celui-ci résolut donc de

(41) C. Th. V-1-8 ; C. VI-56-5.

(42) Supra, p. 91 et 92.

(43) C. VI-56-7.

mettre de l'ordre dans ce chaos, et de l'accorder à la mentalité et aux besoins de ses contemporains.

C'est ce qu'il fit dans les *Novelles* que nous allons maintenant étudier.

CONCLUSION

Le triomphe définitif de la cognation : Les Nouvelles de Justinien

Pour comprendre l'œuvre de Justinien, il faut se rappeler qu'elle émane d'un empereur chrétien, d'un monarque régnant sur un empire oriental, d'un caractère qui semble enclin à la douceur et à la pitié, tendance peut-être accentuée par une influence féminine, celle de Théodora.

Il en résulte que le droit élaboré par Justinien, conforme à l'esprit du christianisme, échappe à la rigidité des principes romains pour s'inspirer plutôt du *jus gentium* et des tendances hellénistiques, et fait de la femme, « l'égale de l'homme et presque la privilégiée », comme le remarque Ch. Diehl (1).

« L'incarnation de l'idée impériale se complétant par l'idée chrétienne », écrit le même auteur (2), « c'est là ce que fut, ce que voulut être Justinien : et c'est par là qu'il fut grand ».

C'est pourquoi il poussa jusqu'à leurs dernières conséquences les réformes que le christianisme avait inspirées à ses prédécesseurs : C'est ainsi que nous l'avons vu abolir l'obligation du *jus liberorum*, cette réminiscence des lois caducaires. En effet, celles-ci étaient contraires à l'esprit chré-

(1) Ch. Diehl, *Justinien et la civilisation byzantine au 6^e siècle*, p. 34.

(2) *Op. cit.*, p. 34.

tien, puisqu'elles tendaient à faire pression sur les citoyens en faveur du mariage, alors que l'Évangile propose comme idéal de perfection la virginité. Et si elles étaient en opposition avec ce simple conseil, elles l'étaient aussi, ce qui est plus grave, avec le précepte de l'indissolubilité du mariage, car elles encourageaient les divorces pour cause de stérilité des conjoints et les remariages des divorcés. De plus, la pénétration des consciences par l'idéal chrétien rendait inutile la menace d'une sanction civile envers la mère d'une famille peu nombreuse. Et l'expérience personnelle du monarque, qui ne put, malgré son désir, se survivre en la personne de descendants, pouvait rendre celui-ci pitoyable au sort des mères d'un fils unique.

Si ces sentiments chrétiens et la pente naturelle de son esprit inclinaient Justinien à la bienveillance envers les femmes, il faut remarquer aussi que ce qui avait fait exclure ces dernières pendant longtemps de la succession de leurs enfants, et ensuite, ne les y admettre qu'à regret et d'une manière parcimonieuse, c'était l'antique institution romaine de l'agnation et le souci de la conservation des biens familiaux. Or cette conception de la famille n'était pas celle des droits orientaux, et, comme le dit P. Collinet, « Justinien est un empereur oriental régnant sur un empire d'orient » (3); à l'époque des compilations, « il ne possède plus directement un pouce de territoire en Italie » (4). Donc, la codification justinienne « n'a pas été faite en vue de Rome et « de l'Italie, puisqu'elle n'est pas faite pour s'appliquer à « des Romains de race ». L'empereur peut donc élargir les

(3) P. Collinet: *Le caractère oriental de l'œuvre Législative de Justinien*, p. 16.

(4) P. Collinet, *op. cit.*, p. 11.

vieilles règles romaines plus facilement que ses prédécesseurs obligés de faire des concessions à la vénérable tradition latine. Et ses commissaires agiront dans ce sens d'autant plus volontiers qu'ils viennent de Beyrouth et de Constantinople, et sont donc plus pénétrés d'esprit grec que d'esprit romain. Le droit de Justinien n'a pas été directement influencé par les législations grecque, perse, babylonienne, juive, syrienne, égyptienne, comme l'avait été celui de certains de ses prédécesseurs (5), car le *basileus* s'opposait aux coutumes des peuples non chrétiens, mais il a subi l'influence hellénistique.

C'est pourquoi nous avons vu ses constitutions accorder aux enfants émancipés, simples cognats, la même part d'héritage qu'à leurs frères restés dans la famille, supprimer le privilège de l'oncle paternel et de sa descendance, enfin faire à la mère une large place à côté du père dans la succession des enfants communs.

Mais ces mesures, ne visant que des points particuliers et laissant subsister ailleurs le droit existant, ne le satisfirent pas encore. En 543, il refondit donc le droit successoral dans sa nouvelle 118, qu'il compléta, en 548, par la nouvelle 127.

On peut dire que ces constitutions ne sont que l'aboutissement, en matière de successions, de toutes les influences qui ont provoqué les réformes de Justinien. En effet, il était naturel qu'un empereur novateur, résolu à se libérer de « l'inutile complication et du caractère souvent suranné de l'ancien droit romain » (6), et se laissant « plus volontiers

(5) Par exemple, Constantin qui « introduisit dans son droit des réformes directement empruntées aux coutumes helléniques » (Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht*, p. 204-205), également Théodose, Léon, Anastase, Justin.

(6) Diehl, *op. cit.*, p. 258.

guider dans ses décisions en ce qui concerne le droit des « personnes par ce qu'il se plaisait à appeler *humanitas* », inspiré, à la fois, par la religion, par le progrès des mœurs, par l'influence de l'impératrice, d'« un grand esprit de douceur et d'un vif sentiment de la dignité personnelle » (7), il était naturel que Justinien trouvât inutile et barbare la différence entre la parenté par les hommes et la parenté par les femmes, car, ainsi qu'il le dit d'une manière qui nous semble assez plaisante : Pourquoi une progéniture innocente porterait-elle le poids de la faute paternelle, (si faute il y a de l'avoir fait naître du sexe féminin ?) (8).

Puisqu'il trouvait que la primauté de l'agnation offensait la nature et dérogeait au droit légitime (9), il était logique qu'il la supprimât. Et c'est ce qu'il fit par la Nouvelle 118.

C'était d'ailleurs, une initiative courageuse, Muirhead la qualifie de « proprement révolutionnaire » (10), car il fallait, pour la prendre, rompre avec une habitude millénaire. Et ce qui prouve que cette innovation hardie devait effaroucher les esprits traditionnalistes, c'est que, pour les accoutumer à cette nouvelle idée que, désormais, il n'y a plus qu'une seule parenté : le lien du sang, Justinien, après y avoir fait allusion dans la préface de sa nouvelle, se donne la peine de répéter, dans chaque chapitre de celle-ci, qu'il s'agit de parenté tant masculine que féminine, et enfin, au chapitre IV, ordonne en toutes lettres que : « dans toutes « les successions, tombe la différence entre agnats et co-

(7) Diehl, *op. cit.*, p. 259.

(8) C. VI-58-14, pr.

(9) C. VI-58-14, pr.

(10) Muirhead, Introduction historique au droit privé de Rome.

« gnats, qu'elle soit fixée dans les lois antérieures, par per-
« sonne féminine, par émancipation, ou de quelque autre
« façon ».

De même, Justinien porte un rude coup à l'antique *patria potestas*, en accordant les mêmes droits à la succession du *sui juris* et de l'*alieni juris* (11), « évidemment », dit-il, « pour les biens qui, selon nos autres lois, n'étaient pas acquis au père », (cette parenthèse ne doit viser que le pécule *profecticium*, car le fils a maintenant la pleine propriété des biens adventices, comme des pécules *castrense* et *quasi-castrense*).

Cette mesure consacre une nouvelle victoire de la cognition, puisqu'elle donne à la mère de l'*alieni juris* les mêmes droits successoraux qu'au père qui avait l'enfant sous sa puissance. Mais les enfants du défunt, sans distinguer s'ils descendent du fils ou de la fille, priment ces ascendants.

En présence de frères et sœurs germains du défunt, le père et la mère doivent partager avec ceux-ci l'héritage du *de cujus*. Et la nouvelle 127 fait participer, par représentation, à ce partage, les enfants d'un frère ou d'une sœur germains, ravis par la mort.

Enfin, la mère exclut les grands-parents, tant maternels que paternels, à tous les degrés.

Dans son zèle pour la défense de la religion, Justinien se laisse entraîner trop loin quand il décrète que ces règles de dévolution des successions s'appliquent à ceux qui sont dans la foi catholique (12), et qu'en ce qui concerne les hérétiques, on doit se référer aux précédentes constitutions (13),

(11) Nov. 118, chap. I.

(12) Nov. 118, chap. VI.

(13) En particulier, nov. 115, chap. 3, § 14.

qui les excluait de l'héritage. Il ne faisait d'ailleurs, que suivre la voie de ses prédécesseurs (14).

Ce classement des successibles suivant l'ordre des affections présumées du défunt, nous semble tout naturel, car il est conforme à notre sens de l'équité, à l'idée que nous nous faisons du sentiment de la famille, et les règles successorales en vigueur de nos jours en diffèrent très peu puisque, en matière de successions, Justinien a « préparé les « voies où devait s'engager, à sa suite, la législation moderne » (15).

Cependant, cette étude nous montre que, pour arriver à triompher en droit romain, la parenté par le lien du sang a cheminé par des voies tortueuses et hérissées d'obstacles : D'abord ignorés, les droits de la cognation n'ont été admis que d'une manière détournée par le système des *bonorum possessiones*; puis, le senatus-consulte Tertullien, en admettant la mère parmi les héritiers légitimes, marque une victoire décisive des cognats. C'est une première brèche dans l'édifice vénérable de la toute-puissante agnation, et cette fissure est successivement élargie par les successeurs d'Hadrien, jusqu'au jour où Justinien consacre le triomphe complet du droit maternel.

Cet empereur, en publiant les diverses parties du *Corpus juris civilis* avait la conviction de faire une œuvre immortelle. Si cette prétention a été démentie par les faits sur de nombreux points de droit, nous devons remarquer qu'au contraire, pour le chapitre qui nous intéresse, la législation

(14) Cf. Nov. Valentinien, XVII, De Manichaeis, § 3, 19 juin 445.

(15) May, élém. de droit romain, p. 51.

justinienne s'est maintenue jusqu'à nos jours. Un édifice législatif resté debout depuis quatorze siècles commence déjà à se parer d'une auréole d'immortalité.

Vu: le Professeur, Président de la thèse,

E. BRIDREY.

Vu: le Doyen,

H. NÉZARD

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie,

Président du Conseil de l'Université,

L. MAIGRON.

Table des Matières

<i>Index des ouvrages consultés.....</i>	5
<i>Introduction</i>	II
CHAPITRE PREMIER. — <i>Date - Inspiration - Milieu</i>	29
CHAPITRE II. — <i>Première victoire de la cognation</i>	49
CHAPITRE III. — <i>La résistance de l'agnation.....</i>	67
CHAPITRE IV. — <i>Nouvelles conditions imposées à la mère par des leges.....</i>	87
CONCLUSION. — <i>Le triomphe définitif de la cognation : les Nouvelles de Justinien.....</i>	101

